

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**



**TESIS DOCTORAL**

**Posición del cedente en el contrato de cesión de finca, edificabilidad y  
otros derechos urbanísticos a cambio de edificación futura**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

**Concepción Gema Contreras del Llano**

DIRECTORES

**José Gabriel Storch de Gracia Asensio  
María Isabel de la Iglesia Monje**

**Madrid, 2017**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL



TESIS DOCTORAL

POSICIÓN DEL CEDENTE EN EL CONTRATO DE CESIÓN DE  
FINCA, EDIFICABILIDAD Y OTROS DERECHOS URBANÍSTICOS A  
CAMBIO DE EDIFICACIÓN FUTURA

Concepción Gema Contreras del Llano

DIRECTORES:

José Gabriel Storch de Gracia Asensio

M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia Monje

Madrid, 2015



## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo de investigación es el resultado, de la confianza mostrada hacia mi persona por parte de D. José Gabriel Storch de Gracia Asensio y D<sup>a</sup> María Isabel de la Iglesia Monje. Por este motivo quiero empezar este apartado con los agradecimientos a los directores de mi Tesis Doctoral. Al profesor Storch de Gracia por haber aceptado la dirección en cuanto se lo solicité y por sus certeras apreciaciones y recomendaciones especialmente al inicio de esta investigación. A la Profesora de la Iglesia Monje por su especial dedicación y por sus continuas y enriquecedoras aportaciones. Gracias por invertir su tiempo en mi formación.

También quiero hacer una mención especial a la Universidad Complutense de Madrid y especialmente a su Facultad de Derecho, por haber puesto a mi alcance todos sus fondos bibliográficos y tecnológicos para poder llevar a cabo esta investigación.

Quiero dar las gracias a mi familia, particularmente a Maribel Martínez Navarrete y M<sup>a</sup> del Carmen López Del Llano por el entusiasmo mostrado y la atención con que han seguido el desarrollo de este trabajo. También quiero agradecer especialmente a Carlos, mi marido, su paciencia y comprensión y a mis hijas, M<sup>a</sup> Isabel y Carmen además también su inestimable colaboración en la edición de esta Tesis.

Dejo para el final un agradecimiento muy especial, a Isabel, mi madre que no ha podido ver culminado este trabajo. Porque a ella se lo debo todo.



## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	15
RESUMEN .....	17
ABSTRACT .....	18
INTRODUCCIÓN: ESTRUCTURA, METODOLOGÍA Y OBJETIVO DE LA TESIS.	21
<b>CAPITULO I: CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA. ....</b>	<b>31</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	31
1.1 Desarrollo de la figura y justificación social y económica .....	31
1.2 Algunas notas sobre los antecedentes históricos de la figura .....	32
2. NATURALEZA JURÍDICA .....	35
2.1 Posición de la doctrina .....	36
2.2 Posición de la Jurisprudencia .....	39
3. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO .....	46
4. CONCEPTO, MODALIDADES Y CARACTERES DEL CONTRATO ATÍPICO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA .....	50
4.1 El contrato atípico: concepto .....	50
4.2 Análisis de diversas cuestiones: La transmisión de la propiedad del solar inicialmente ¿es un presupuesto del contrato de cesión de finca? .....	56
4.3 Modalidades del contrato de cesión de finca .....	57
4.4 Caracteres del contrato .....	61
5. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO .....	65
5.1 El consentimiento del cedente .....	65
5.1.1 El consentimiento cuando el propietario de la totalidad de la finca es un menor de edad .....	65
5.1.2 El consentimiento cuando el inmueble pertenece a la comunidad postganancial .....	67

5.1.3 El consentimiento cuando el bien inmueble pertenece a una comunidad de bienes.....	68
5.2 La causa del contrato.....	70
5.3 El objeto del contrato .....	74
5.4 La forma del contrato .....	77
<b>6.EL DERECHO DE VUELO Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA .....</b>	<b>81</b>
6.1 Introducción .....	81
6.2 Función económica del derecho de vuelo .....	81
6.3 La disociación jurídica del suelo. Los artículos 350 y 358 del CC.....	83
6.4 La pretendía alternativa del derecho de vuelo al contrato de cesión de finca....	85
6.5 Polémica doctrinal sobre la denominación del derecho de vuelo .....	87
6.6 Regulación del derecho de vuelo sobre el Ordenamiento jurídico .....	88
6.7 Naturaleza jurídica del derecho de vuelo .....	91
6.8 La inscripción registral del derecho de vuelo .....	95
6.8.1 El principio hipotecario de especialidad.....	95
6.8.2 Requisitos para la inscripción del derecho de vuelo.....	96
<b>CAPITULO II: LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA Y SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD .....</b>	<b>111</b>
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	111
2. POSICIÓN DE LA DOCTRINA .....	113
2.1 Tesis de ausencia de reconocimiento de efectos traslativos a la escritura de cesión hasta la existencia física de los inmuebles .....	114
2.2 Tesis de la eficacia transmisiva diferida de la escritura pública .....	115
2.3 Tesis en la transmisión de la propiedad de los inmuebles futuros de la escritura pública dotándola de eficacia real .....	116
2.4Tesis de la causa del contrato o de la voluntad de las partes .....	119

3. POSICION DE LA JURISPRUDENCIA DE LA DGRN CON RELACION A LA TRANSMISION DE LOS INMUEBLES FUTUROS .....	123
3.1 Posición de la jurisprudencia .....	123
3.2 Posición de la Dirección General de Registros y Notariado .....	126
4.EL VALOR DEL ACTA DE ENTREGA DE LOS INMUEBLES AL CEDENTE EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD .....	133
5. LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD REGULADA EN EL ART.13 DELRH MODIFICADO POR EL R/D 1867/1998 DE 4 DE SEPTIEMBRE. LOS EFECTOS DE SU DECLARACION PARCIAL DE NULIDAD POR LA STS (SALA 3ª) DE 31 DE ENERO DE 2001.....	136
5.1 La transmisión de la propiedad en el art.13 del RH.....	136
5.1.1 La modalidad con efectos jurídicos-reales.....	136
5.1.2 La modalidad de carácter meramente obligacional .....	138
5.2 La transmisión de la propiedad en la STS ( Sala 3ª) de 31 de Enero de 2001 .	141
6. LA PREHORIZONTALIDAD Y EL CONTRATO DE CESION DE FINCA POR CONSTRUCCION FUTURA .....	143
6.1 Introducción .....	143
6.2 Naturaleza de la relación del cedente y cesionario .....	144
6.3 La prehorizontalidad y la adquisición de la propiedad por el cedente .....	144
7. LA TERCERÍA DE DOMINIO EN EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR CONSTRUCCIÓN FUTURA .....	149
7.1 Introducción .....	149
7.2 Concepto, naturaleza y finalidad de la tercería de dominio .....	150
7.3 Requisitos que ha de cumplir el tercerista para que prospere la tercería de dominio .....	154
7.3.1 Titularidad del bien embargado .....	155
7.3.2 La adquisición del dominio por el tercerista debe de haberse producido antes de la traba.....	157



7.3.3 Condición de tercero del cedente en relación con el ejecutante y ejecutado .....	158
7.4 La condición de tercero hipotecario del cedente en relación al embargo .....	159
7.5 La tercería de dominio y la resolución de contrato de cesión de finca por edificación futura .....	161
7.5.1 Existencia de condición resolutoria explícita .....	162
7.5.2 Que la resolución del contrato se produzca por mutuo acuerdo de las partes .....	162
7.5.3 Que la resolución se produzca por Sentencia judicial en virtud del art. 1124 CC .....	163
7.6 La tercería de dominio en el procedimiento de ejecución hipotecaria .....	164
8. EL PROBLEMA DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE EN SU CONDICIÓN DE PROPIETARIO POR RUINA O DEFECTO DE LA OBRA .....	167
8.1 Planteamiento del problema .....	167
8.2 Posición de la doctrina .....	169
8.3 Posición de la Jurisprudencia .....	171
8.4 Análisis de algunos supuestos de ruina o defectos en la construcción por causa del suelo cedido .....	175
8.4.1 Deslizamiento del terreno por causas naturales .....	176
8.4.2 Relleno con escombros o echadizo que produce el desplome de la construcción .....	178
8.4.3 Inhabitabilidad del inmueble por contaminación por residuos tóxicos en el suelo .....	178
<b>CAPITULO III- ALGUNOS ASPECTOS REGISTRALES QUE INFLUYEN EN LA POSICIÓN DEL CEDENTE .....</b>	<b>181</b>
1. EL CRÉDITO HIPOTECARIO COMO MEDIO DE FINANCIACIÓN DEL CESIONARIO .....	181
1.1 Planteamiento del problema .....	181

1.2 El solar como garantía del crédito hipotecario.....	181
1.3 La extensión objetiva de la hipoteca .....	187
1.3.1 Agrupación de dos o más fincas independientes para edificar .....	189
1.3.1.1 Agrupación de dos fincas independientes libres de cargas .....	189
1.3.1.2 Agrupación de una finca libre de cargas a otra finca con hipoteca .....	190
1.3.2 Solar con construcciones preexistentes.....	190
1.3.3 Solar sobre el que se realiza la edificación de nuevas plantas .....	190
1.3.4 Edificación sobre un solar.....	192
1.3.5 Hipoteca de los pisos futuros .....	193
2. LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA COMO GARANTÍA DEL CEDENTE.....	197
3. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.....	199
4. LA BUENA FE COMO REQUISITO PARA LA EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA. LA CUALIDAD DE TERCERO HIPOTECARIO.....	200
5. LA POSPOSICIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA.....	202
6. DIVERSOS SUPUESTOS EN LA INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA .....	206
6.1 Inscripción de la condición resolutoria tras la agrupación de varias fincas y la constitución de hipoteca.....	206
6.2 Cláusula de prohibición de disponer e hipotecar la finca cedida .....	209
6.2.1 Inscripción de la prohibición de hipotecar la finca cedida .....	210
6.2.2 Establecimiento de una prohibición de hipotecar por el cedente sobre el inmueble futuro.....	211
6.2.3 Establecimiento de una prohibición de disponer por testamento sobre un inmueble que se cede a cambio de obra futura .....	215

7. LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA .....	220
7.1 Requisitos para la reinscripción de la finca a nombre del cedente.....	221
7.2 Situaciones que pueden surgir en la reinscripción del solar a nombre del cedente .....	224
7.2.1 Contrato de cesión de solar cuando las partes no han pactado cláusula penal.....	225
7.2.2 Contrato de cesión de solar con cláusula penal de pérdida de cantidades entregadas por el cesionario al cedente.....	225
7.2.3 Contrato de cesión de solar con cláusula penal de pérdida de la obra edificada a favor del cedente .....	225
8. LA CANCELACIÓN POR CADUCIDAD REGULADA EN EL ART. 82.5° DE LA LH. UN SUPUESTO ESPECIAL DE CANCELACIÓN .....	227
9. EFECTOS DE LA CANCELACIÓN FRENTE A TERCEROS .....	230
<b>CAPITULO IV LA POSICIÓN DEL CEDENTE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO POR EL PROMOTOR .....</b>	<b>233</b>
1.INTRODUCCIÓN.....	233
2.LA APLICACIÓN DEL ART. 1124 DEL CC AL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA.....	235
2.1 Exigibilidad de la prestación .....	235
2.2 La posibilidad del cumplimiento por equivalencia .....	240
2.3 La resolución del contrato .....	242
2.3.1 Supuesto de resolución <i>aliud pro alio</i> .....	245
2.3.2 Resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación.....	247
2.4 Cumplimiento inexacto de la obligación .....	257
2.4.1 Vicios o defectos en los inmuebles .....	258
2.4.2 Diferencia a la baja cabida y calidad .....	260
2.5 Retraso en el cumplimiento. La mora en el contrato de cesión de solar. ....	264

3. LA FALTA DE OBTENCIÓN DE LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN ¿SUPUESTO DE RESOLUCIÓN O MERO RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO? .....	268
4. ¿ ES APLICABLE EL REQUERIMIENTO DEL ART. 1.504 DEL CC AL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA.....	270
5. LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL CESIONARIO. ¿SUPUESTO DE MODIFICACIÓN O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO? .....	276
5.1 Planteamiento del problema.....	276
5.2 La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> y su más reciente Jurisprudencia.....	277
5.3 Análisis de posibles supuesto de excesiva onerosidad en el contrato de cesión de finca por construcción futura.....	281
5.3.1 Crisis económica sobrevenida a la firma del contrato .....	282
5.3.2 La modificación sobrevenida del planeamiento urbanístico.....	285
<b>CAPITULO V LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA Y DE LA DECLARACIÓN CONCURSAL DEL CESIONARIO.....</b>	<b>287</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	287
2. LA RESTITUCIÓN.....	287
2.1 Restitución del solar.....	288
2.2 Solar con obras realizadas.....	289
2.2.1 Aplicación de las normas sobre la accesión del art. 361 CC .....	289
2.2.2 Aplicación del régimen establecido en el art. 1.123 CC para la condición resolutoria .....	293
2.2.3 Aplicación analógica del art. 1.652 CC relativo al contrato de enfiteusis	294
3. EL VALOR DE LA FINCA A EFECTOS DE RESITUCIÓN AL CEDENTE .....	298
3.1 Disminución de valor de la finca en el momento de la restitución .....	299
3.1.1 El valor cuando la finca se ha devaluado por fluctuaciones económicas.	299
3.1.2 Disminución del valor por el deterioro o menoscabo del inmueble entregado por falta de mantenimiento .....	302

3.2 Aumento de valor de la finca en el momento de la restitución .....	303
3.2.1 Restitución de la finca con cambios de planteamiento .....	304
3.2.1.1 Cambios de planteamiento que supongan aumento del valor del inmueble.....	305
3.2.1.2 Cambios en el planteamiento que supongan una disminución del valor. ....	309
4. LOS EFECTOS DE LA RESTITUCIÓN FRENTE A TERCEROS .....	310
5. LOS EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA .....	315
5.1 Introducción .....	315
5.2 El concurso de acreedores en la Ley Concursal 22/2003 .....	315
5.3 Las obligaciones bilaterales en el concurso de acreedores .....	317
5.3.1 Regulado en el art. 61.1, se refiere al supuesto en el que una de las partes ha cumplido con su prestación al declararse el concurso, y la otra parte estuviere pendiente de cumplimiento de su obligación recíproca.....	317
5.3.2 Regulado en el art. 61.2.1, que dispone que la declaración del concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento .....	317
5.4 El incumplimiento contractual por parte del cesionario o promotor concursado y la posibilidad de resolución conforme al art. 1.124 del CC .....	318
5.4.1 La calificación del crédito del cedente del solar cuando no es posible la resolución contractual .....	322
5.5 La resolución contractual por el cedente por incumplimiento del cesionario cuando existe cláusula resolutoria expresa inscrita en el Registro de la Propiedad .....	325
5.5.1 La calificación del crédito del cedente de la finca cuando el contrato contiene una cláusula resolutoria expresa.....	331
5.5.2 Concurrencia de la hipoteca y la condición resolutoria explícita como créditos privilegiados.....	336

<b>CAPITULO VI- LA LEY CATALANA 23/2001 DE 31 DE DICIEMBRE DE CESIÓN DE FINCA O EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA.....</b>	<b>341</b>
1. INTRODUCCION.....	341
2. CONCEPTO Y AMBITO OBJETIVO DEL CONTRATO EN LA LEY DE CESION DE LA FINCA O EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCION FUTURA .....	342
3. EL OBJETO Y LA FORMA DEL CONTRATO .....	349
3.1 Cuestiones en relación con el objeto .....	349
3.2 Problemas en cuanto a la forma del contrato .....	357
4. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA LEY DE CESIÓN DE FINCA O EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA.....	358
5. LA OPONIBILIDAD A TERCEROS DEL CONTRATO DE CESIÓN EN LA LEGISLACIÓN CATALANA.....	363
6. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CESIONARIO EN LA LEY CATALANA. EL EXCESIVO PROTECCIONISMO DEL CEDENTE. ....	367
6.1 Introducción .....	367
6.2 El cumplimiento del cesionario.....	368
6.3 El incumplimiento .....	370
6.3.1 La resolución cautelar. Novedad legislativa .....	371
6.3.1.1 Inadecuación de la licencia obtenida a lo pactado en el contrato .....	372
6.3.1.2 Falta de inicio de las obras en el plazo pactado .....	373
6.3.2La facultad resolutoria implícita .....	374
6.3.3La facultad resolutoria expresa automática .....	375
7. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN LA LCF .....	377
8. EL DERECHO DE VUELO EN LA LEGISLACIÓN CATALANA .....	386

9. EL DERECHO DE VUELO EN LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ENTIDADES JURÍDICAS DE CATALUÑA .....	388
CONCLUSIONES.....	395
INDICE DE JURISPRUDENCIA.....	417
BIBLIOGRAFIA .....	437

## **ABREVIATURAS**

AAP	Auto Audiencia Provincial
AC	Actualidad Civil.
AJMER.	Auto del Juzgado Mercantil
AAJMER	Autos de los Juzgados Mercantiles
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
art.	Artículo
arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CCCat.	Código Civil de Cataluña
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
DGEJC	Dirección General de Entidades Jurídicas de Cataluña
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña.
Ed.	Editorial
núm.	Número
LC	Ley Concursal
LAO	Ley de la accesión y la ocupación de Cataluña.
LCF	Ley de Cambio de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LOE	Ley de Ordenación de la edificación



LPH	Ley de Propiedad Horizontal
<i>op. cit.</i>	obra ya citada
pg.	Página
pgs.	Páginas
<i>REJIE</i>	Revista Jurídica de investigación e innovación educativa
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RCL	Referencia Colección Legislativa
R/D	Real Decreto
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDGRN	Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado
RDGEJC	Resolución de la Dirección General de Entidades Jurídicas de Cataluña.
RH	Reglamento Hipotecario
RJ	Referencia jurídica.
RTEAC	Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSAAPP	Sentencias de las Audiencias Provinciales
SJMER	Sentencia del Juzgado Mercantil
SSJJMER	Sentencias de los Juzgados Mercantiles
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

## **RESUMEN**

### **POSICIÓN DEL CEDENTE EN EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA, EDIFICABILIDAD Y OTROS DERECHOS URBANÍSTICOS A CAMBIO DE EDIFICACIÓN FUTURA**

La tesis analiza el contrato de cesión de finca por construcción futura que surge en la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia del desarrollo del mercado inmobiliario que ha provocado escasez de suelo. Es una nueva forma de intercambio inmobiliario de suelo por pisos futuros basada en el principio de autonomía de la voluntad.

Se aborda la débil posición jurídica del cedente del suelo, producida por la inexistencia del inmueble futuro y por el proceso de transformación física y jurídica del inmueble. Trata de reflexionar si es necesaria una regulación legal de este contrato para proteger al cedente.

El trabajo se inicia con la configuración jurídica de la figura de la cesión de solar por obra futura, sus modalidades y sus elementos esenciales. A continuación se estudia el problema de la adquisición de los inmuebles futuros por el cedente y sus posibles medios de protección, la tercería de dominio, la protección del Registro de la Propiedad y la Prehorizontalidad. También se reflexiona sobre el problema de la posible responsabilidad del cedente por la ruina o deficiencias, o vicios de los inmuebles.

A continuación se examina el incumplimiento de cesionario de la obligación de entrega y de la obligación de edificar, los supuestos de resolución del contrato y la excesiva onerosidad en el cumplimiento de su prestación por el cesionario. También se analizan los efectos de la resolución, especialmente la restitución del inmueble al cedente, los problemas que plantea y la reinscripción del inmueble a nombre del cedente. Se aborda también la situación del cedente cuando el cesionario se encuentra en concurso de acreedores.

Finalmente se examina la Ley de Cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura, Llei 23/2001 de 31 de Diciembre de Cataluña, única en el Derecho Civil español que regula esta figura.

## **ABSTRACT**

### **ASSIGNOR'S POSITION IN THE PROPERTY AND SUITABILITY FOR BUILDING TRANSFER AGREEMENT AND OTHER URBAN PLANNING RIGHTS IN EXCHANGE OF FUTURE CONSTRUCTION**

This study explores the handover lands based on future construction agreement. A legal concept unregulated by the Civil Code, dating back to the second half of the 20<sup>th</sup> century, aftermath of housing market development whose main consequence was land's scarcity. This new way of property exchange is rooted under the principle of the exercise of free will.

Along the papers one of the main aims of the author was to discern if there was an imperative need of establishing a concrete regulation for protecting the figure of the assignor, in order to give answer to this question the writer analyses the weakness position of the assignor caused by the inexistence of an upcoming building and by the ongoing modifications suffered by the real state property from a juridical and physical perspective.

This study was structured under three basic premises, first, the juridical configuration of handover lands based on future construction agreement, secondly, its method and finally its key elements. Concurrently, the author deals with the problem of assignor's acquisition of the upcoming property and the different ways of protecting it, third party domain, its protection within the limits of the property registration office and the pre-horizontal property intended. At the same time, the writer think over the legal responsibilities of the assignee that might appear due to the ruin, deficiency or the vice of the property.

The study deals first, with the assignee's breach in regard to its obligation of delivering and build, the assumptions of agreement resolution and the assignee's compliance of excessively burdensome payment; And secondly, the effects of the resolution, with a special heed to real state's restitution of the assignor, the problems that might arise and the re-register of the property in behalf of the assignor and the assignor's condition, once the assignee is in creditor's meeting.

To conclude, it is examined both the handover land`s Law and the suitability for building in exchange of future construction. A concept regulated exclusively by the spanish civil law through the regulation 23/2001 of the Catalonia Law, December 31.

KEY WORDS: CHANGE LAND FLAT



## **INTRODUCCIÓN: ESTRUCTURA, METODOLOGÍA Y OBJETIVO DE LA TESIS.**

La cesión de solar o edificabilidad por un particular a otra persona, generalmente un profesional, es una realidad social propia de la segunda mitad del siglo XX. Va unida al desarrollo económico, y al urbanismo, y, sobre todo a la consolidación de la actividad constructora como una actividad de comercio, por la que se construyen inmuebles para dedicarlos a vivienda, aparcamiento o locales comerciales para su transmisión a terceros<sup>1</sup>.

Esta situación, así como el crecimiento de las ciudades, ha potenciado esta práctica dada la escasez de suelo que cumpla con los requisitos de edificabilidad legal, propios de la ordenación urbanística, dado que tradicionalmente la propiedad del suelo, antaño usado para la agricultura y ganadería, estaba en manos de particulares. Por otro lado, la parte que lleva a cabo la construcción, en general, cuenta con una organización empresarial en cuanto a los medios y personas para llevar a cabo esta actividad. Se ha proclamado la bondad y ventajas de este acuerdo entre propietario o cedente y la promotora o cesionario, porque esta última parte obtiene suelo edificable sin grandes desembolsos económicos y el propietario del terreno recibe inmuebles de nueva construcción, que implican un aumento de valor de su patrimonio. Pero estas relaciones, a veces no están exentas de complejidad jurídica.

La elección del título del trabajo pretende reflejar el contenido de esta tesis, puesto que el estudio de este contrato, siempre se va a abordar o enfocar desde el punto de vista del cedente o propietario de la finca, porque los principales problemas que plantea esta figura, proceden de la situación jurídica en que queda esta parte contractual. Por otro lado, aunque la denominación que se dé al contrato, según la doctrina y la Jurisprudencia no es importante si nos parece interesante destacar que guiados por el afán pedagógico, la conveniencia de denominar al contrato como cesión de finca, edificabilidad, aprovechamiento urbanístico y otros derechos urbanísticos, como contraposición a otras denominaciones como la de cambio de solar por obra futura, que

---

<sup>1</sup> La Ley de Ordenación de la Edificación Ley 38/1999 de 5 de Noviembre (RCL 1999,2799), comienza su exposición de motivos diciendo: *“El sector de la edificación es uno de los principales sectores económicos con evidentes repercusiones en el conjunto de la sociedad y en los valores culturales que entraña el patrimonio arquitectónico...”*

es parcialmente descriptiva del contrato,<sup>2</sup> y la más habitual. En aras de la brevedad y conforme a la costumbre se le nombrará de esta última forma.

Lo denominamos cesión como contraposición y diferenciación de la figura de la permuta, con ello, pretendemos distinguirlo y diferenciarlo del contrato de permuta regulado en el art. 1538 y ss. del CC, porque este contrato es a nuestro juicio autónomo y diferente.

También sustituimos el término solar, por finca, edificabilidad, aprovechamiento urbanístico y otros derechos urbanísticos, con ello pretendemos subrayar, la evolución que en cuanto al objeto del contrato ha tenido este contrato, y su adaptación a las nuevas realidades jurídicas introducidas por el derecho urbanístico, como consecuencia de la moderna función social de la propiedad. El solar como objeto del contrato, representa los albores de esta figura jurídica, en el que el propietario, cedía un terreno físico a un tercero para edificar. Actualmente, como se apreciará a lo largo de este trabajo, el objeto del contrato, está formado, por fincas físicas o registrales, el vuelo o subsuelo, la edificabilidad entendida como volumen edificable, y aprovechamientos urbanísticos tras un desarrollo de esa misma naturaleza. En este sentido, el concepto de edificabilidad no es del todo coincidente con el de aprovechamiento urbanístico. El primero se refiere al volumen edificable reconocido en una determinada finca física, materializable por tanto en dicha finca, mientras que el aprovechamiento urbanístico puede ser objeto de negocios jurídicos autónomos del suelo y concretarse en una finca distinta de la que procede.<sup>3</sup>

El Proyecto de Libro VI del CCCat. cuyo trámite fue aprobado por el Parlamento de Cataluña el 18 de Marzo de 2015, denomina este contrato como “cesión de finca o aprovechamiento urbanístico<sup>4</sup> a cambio de construcción futura.” para

---

<sup>2</sup> ALVAREZ MORENO, M<sup>a</sup> Teresa. “La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. vol.1. Parte Estudio. Editorial Aranzadi. Pamplona 1995. BIB 1995\9 .pg. 2/27

<sup>3</sup> VALLE MUÑOZ, José Luis. “Cesión de solar a cambio de obra futura”. *Boletín del SERC* núm. 177. pg. 159.

<sup>4</sup> VALLE MUÑOZ, José Luis. “Cesión de solar...” *op. cit.* pg. 161. El autor entiende que el aprovechamiento urbanístico “es un instrumento básico para la distribución equitativa de beneficios y cargas entre los distintos propietarios afectados por un instrumento de ejecución del planeamiento. El aprovechamiento urbanístico, puede ser atribuido a parcelas dotaciones, en las cuales no se puede construir y, en consecuencia, sus titulares pueden negociar dicho aprovechamiento. El aprovechamiento, por regla general, debe constar por nota marginal en el folio abierto a la finca a la cual acrece según resulta del artículo 33 del Real decreto 1093/1997, pero en los caos previstos en el artículo 39 el aprovechamiento puede ser objeto de inscripción en un folio separado del propio de la finca de la cual

distinguirlo de la permuta, y alude también a un concepto urbanístico en una Ley Civil en consonancia con las nuevas realidades que pueden ser objeto del tráfico inmobiliario.

Puede pensarse que, con la crisis económica e inmobiliaria actual, esta figura jurídica no tiene interés práctico. En nuestra opinión, no hay nada más alejado de la realidad, pues en un futuro, y como consecuencia precisamente de la situación inmobiliaria actual y de la crisis de las entidades financieras, probablemente, la concesión de crédito a los promotores para compra de terrenos sobre los que edificar, será bastante más restringida, al endurecerse los requisitos que se van a exigir para conceder un crédito con tal destino, a la vista de la difícil situación creada, que puso a muchos bancos y entidades financieras al borde de la crisis. Por ello, esta figura será una posibilidad por parte de los promotores, para la adquisición de suelo sin desembolso económico previo, sobre todo en terrenos previamente no consolidados o directamente edificables. En estos casos, el particular tendrá el terreno urbanizable si se somete a una actuación urbanística, pero no los medios materiales y técnicos para llevar a cabo ese desarrollo, de modo que será interesante para ambos recurrir a esta figura jurídica.

Por otro lado, no hay que olvidar que, además del factor de la escasez de suelo edificable, esta figura puede servir para su aplicación a la rehabilitación de zonas o barrios degradados, pudiendo convertirse en un protagonista del sector inmobiliario<sup>5</sup>. En este sentido, la rehabilitación de un solo edificio, produce a menudo, en áreas degradadas, una regeneración de éstas. Por ello, un objetivo podría ser no solo la rehabilitación de edificios sino de barrios enteros.<sup>6</sup> Pero para que se pueda realizar todo ello a través de la cesión de solar a cambio de obra futura, debe darse un marco

---

*deriva, razón por la que la norma proyectada prevé para estos casos la inscripción del contrato de cesión en el folio de la finca especial abierto al aprovechamiento”.*

<sup>5</sup> RABASSA, Bruno. “La rehabilitación, una oportunidad única”. *Periódico El Economista*. 18 de Noviembre de 2014. Opinión. Pg. 4. *“La rehabilitación tiene ante sí, hoy una oportunidad única de convertirse en el protagonista destacado del sector si se resuelven algunos de sus problemas estructurales no resueltos, como la lentitud en la toma de decisiones por parte de las administraciones, la mejora de la colaboración público privada, la colaboración de las entidades financieras. El objetivo, convertir la rehabilitación en España en un auténtico motor de desarrollo del sector inmobiliario es, naturalmente, tarea de todos los protagonistas del sector. Y también un cambio de mentalidad en la sociedad en su conjunto.”*

<sup>6</sup> Nota de prensa Europa Press recogida en *Elmundo.es* sección de Economía de 17 de Diciembre de 2014. [Http:// elmundo.es/economía/2014/12/17](http://elmundo.es/economía/2014/12/17). El Director de Arquitectura y Vivienda del Ministerio de Fomento D. Juan Van Halen en el Ilustre Colegio de Geólogos de Madrid expresó recientemente lo siguiente: *“La construcción de viviendas ha sido un motor muy importante de desarrollo económico en nuestro país y debe volver a ocupar un lugar destacado. Para cumplir este objetivo, el Ministerio de Fomento está impulsando especialmente el mercado del alquiler y la rehabilitación de viviendas ya construidas.”*



adecuado jurídicamente para ambas partes, que les brinde confianza en esta contratación.

Desde el punto de vista jurídico, parece interesante abordar este tema porque en la cesión de solar por obra futura, desde el punto de la investigación jurídica, queda casi todo por decir, y todo es discutible, empezando desde su propia calificación como contrato atípico o como contrato de permuta renovada como sostiene algún autor; de su propio concepto y modalidades, y sobre todo porque es una figura en constante evolución, que se adapta a los nuevos objetos jurídicos de intercambios, como los aprovechamientos urbanísticos.

La doctrina ha destacado por encima de todo, como problemática, algo que la práctica ha puesto en evidencia, como es la situación de debilidad del cedente o propietario del solar, al entender que al desprenderse previamente de la propiedad del mismo, su situación venía a depender del cumplimiento o no del contrato por parte del promotor o cesionario. En definitiva, quien más arriesga en esta relación es el propietario del suelo sobre el que se va a edificar, dada la falta de simultaneidad entre las prestaciones de ambas partes. A mayor abundamiento, se ha subrayado la cualidad de profesional del cesionario, que de manera habitual se dedica a la promoción y construcción, frente al cedente, que suele ser un particular propietario del inmueble, que *a priori* puede producir también una desigualdad.

Esta problemática en torno a la debilidad del cedente, ha sido abordada por la doctrina, principalmente, desde la perspectiva de la falta de cumplimiento por parte del cesionario o promotor de la entrega de los inmuebles a los cedentes del solar. El problema se ha planteado en la adquisición de los inmuebles futuros por el cedente.. (El sistema de adquisición de la propiedad establecido en nuestro CC, en el art. 609 basado en el título y modo, heredado del Derecho romano, exige para la adquisición de la propiedad la entrega del inmueble, a diferencia de los sistemas consensuales-reales que rigen en otros ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito europeo). Sin embargo, a nuestro juicio, existe otra vertiente de la debilidad del cedente menos estudiada jurídicamente que ha surgido a raíz de la crisis económica y el colapso inmobiliario actual. Esta nueva problemática consiste en el incumplimiento del cesionario, no de la obligación de entregar el inmueble construido, sino del incumplimiento de la prestación de edificar y de los importantes efectos de este incumplimiento.

El objetivo de esta tesis es exponer de forma conjunta la problemática total de la debilidad del cedente, no sólo en cuanto a la adquisición de los inmuebles, sino sobre todo el problema del incumplimiento por falta de la realización de la construcción o terminación, que se relaciona directamente con el problema de la resolución contractual y su efecto principal, la restitución. Sin olvidar el interesante análisis de los efectos accesorios producidos por la restitución de un bien sometido a un proceso de transformación. Cuestiones que originan numerosos supuestos de hecho en los que puede encontrarse el cedente teniendo en cuenta si sobre su solar había anteriormente una construcción, qué ocurre si ha sido demolida; o qué ocurre en las ocasiones en que la obra futura no se termina totalmente. Además, se tendrá en cuenta la situación del cedente, cuando el cesionario se ve inmerso en un proceso concursal, las especiales circunstancias legales a las que se ve sometido el cedente en estos casos, así como la calificación de su crédito y la posibilidad o no de recuperar su inmueble. Tampoco hay que olvidar el papel que se le asigna al Registro de la Propiedad y la efectividad de su protección a la figura del derecho del cedente. Por último, se analiza, cómo se ha abordado esta debilidad del cedente, y como se ha intentado resolver en el Derecho civil catalán, a través de la promulgación de la Ley de Cesión de Finca o edificabilidad por construcción futura.

Son numerosas las opiniones<sup>7</sup> que claman por una legislación específica en términos absolutos que proteja al cedente en su relación con el cesionario, atendiendo a que el resultado del contrato en la práctica no es tan justo como el considerado en abstracto, porque las partes a veces, si bien se encuadran en condiciones de igualdad jurídica, se hallan determinadas en su realización por necesidades económicas. Motivados por esta preocupación de Justicia y del espíritu que anima los deberes asumidos por el Estado moderno en el campo de la economía, los órganos legislativos

---

<sup>7</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la reciente legislación catalana”. *RCDI* núm. 672. Julio-agosto 2002. Pg. 11/44. *“En los territorios sin legislación específica sobre este negocio jurídico, el cesionario queda expuesto a los más altos riesgos –y corregir tal situación es una de las grandes asignaturas pendientes del sistema inmobiliario español; debido al desequilibrio brutal entre la prestación inmediata, real y la contraprestación –diferida por la naturaleza de las cosas- cuya naturaleza se reduce ex dogma a obligacional; pues el transmitente enajena desde luego en todo o en parte su derecho, mientras la contraprestación queda dejada a un futuro incierto por considerar que el objeto sobre el que ha de recaer es jurídicamente inexistente hasta que la construcción lo materialice; composición que linda con lo absurdo existiendo en el acervo jurídico recursos como los ira ad rem, las condiciones iuris, e incluso por obra y gracia de la ficción publicadora registral, espléndido acierto de seguridad del Derecho Moderno, efectos erga omnes incluso de derechos que no tienen naturaleza real, como el arrendamiento o que no siempre la tienen como la opción de compra; y aun otras situaciones que producen tal efecto por disposiciones directas de la ley o de actos administrativos de su ejecución.”*

intervienen en la valoración del contenido contractual a fin de que los pactos libremente concluidos sean válidos y conserven su eficacia. Así, el establecimiento de una ley que regule esta materia, es vista como beneficiosa por la preventiva tutela eficaz de los contratantes.

Analizaremos, como el sector doctrinal, menos ambicioso, pretende que la interpretación de las normas existentes aplicables a este contrato, sea más flexible en beneficio de los intereses del cedente. Así sucede en el problema de la adquisición de la propiedad de los pisos futuros por el cedente cuando aún no han sido edificadas. Esta posición lleva a veces a transgredir el principio del interés general materializado en el principio de seguridad jurídica, esencial por otra parte en el tráfico jurídico en general y particularmente en el inmobiliario.

No nos olvidamos en el lado opuesto de aquellos que rechazan cualquier tipo de interpretación que implique una protección al cedente con menoscabo del principio de seguridad jurídica.

Por último, tampoco debe olvidarse a aquellos que postulan y defienden como fundamento del Derecho privado, el principio de autonomía de la voluntad en su más amplia extensión, considerando que son las partes contratantes las que han de regular sus propias relaciones jurídicas, pactando las obligaciones y derechos que les incumben, por lo que rechazan cualquier tipo de regulación específica.

Este sector, entiende que la intervención que ponga limitaciones e implique un control por parte del Estado no puede ser admitida con excesos. El contrato debe ser el instrumento ideal para la satisfacción de las necesidades de los particulares, aspecto que se logra en su extensión con el principio de autonomía de la voluntad.<sup>8</sup>

El principio de seguridad jurídica, es considerado, especialmente a partir del siglo XX, como una necesidad de que el Derecho, para cumplir de mejor modo su función de otorgar a las personas seguridad, debe ser seguro en sí mismo, reconociéndose como requisitos de este principio la certeza y la estabilidad. La certeza, a su vez, debe ser entendida como plenitud y además como compatibilidad del Ordenamiento jurídico. La plenitud significa que el ordenamiento sea un sistema sin

---

<sup>8</sup> HERNANDEZ FRAGA, Katiúska. GUERRA COSME, Danay. “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil; sus límites y limitaciones.” *REJIE*. Núm. 6. Junio 2012. pgs. 27-46. <http://www.eumed.net/rev/rejie> (consultado el 24-03-2014)

fisuras y sin lagunas jurídicas, y que en caso de existencia de éstas últimas, se puedan encontrar dentro del propio ordenamiento soluciones jurídicas para las diversas situaciones que se pueden producir en la realidad social.

En definitiva, el Ordenamiento jurídico no puede dejar sin solución a los diferentes supuestos que se producen en la sociedad. La compatibilidad entre las normas del Ordenamiento jurídico, por su parte, debe entenderse como falta de contradicción entre las normas que lo conforman.

Como ocurre con el principio de la autonomía de la voluntad, hay autores <sup>9</sup>que sostienen que los hombres han establecido el Derecho llevados, no por los valores éticos superiores, sino en virtud de un valor de rango inferior que es el de seguridad jurídica en la vida social, ya que el Derecho no ha surgido por la necesidad de rendir culto a la Justicia, sino para colmar una urgencia de seguridad y certeza en la vida social.

Otra opinión <sup>10</sup>ha observado también que la seguridad ha sido el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un Derecho, considerando que la seguridad constituye el motivo radical y primero de lo jurídico.

En el tráfico jurídico privado, la seguridad jurídica se materializa en el papel que tienen los Registros Públicos, con la finalidad de prevenir el conflicto y garantizar precisamente la seguridad privada, a través de su principio de Publicidad Registral.

El principio de seguridad jurídica va íntimamente relacionado con el de autonomía de la voluntad, pues la seguridad jurídica en el ámbito privado descansa sobre el respeto por parte del Ordenamiento jurídico a la autonomía de la voluntad, ya que para sentirse realizado en la sociedad, el ciudadano precisa, ser no sólo reconocido sino tener garantizado un espacio de libre acción en el que se pueda desarrollar con iniciativa. La seguridad privada busca las garantías de eficacia de los derechos de naturaleza privada, así como de sus actos jurídicos tanto constitutivos, como modificativos y extintivos.<sup>11</sup> En definitiva, para que las relaciones jurídicas entre particulares puedan desenvolverse con eficacia, ha de existir un marco jurídico seguro.

---

<sup>9</sup> OROPEZA BARBOSA, Antonio. "La seguridad jurídica en el campo del derecho privado". *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*. núm. 2. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [www.juridica.unam.mx](http://www.juridica.unam.mx). pg. 62. (consultado el 28-08-2015)

<sup>10</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch. 5ª Edición. 1979. pg. 604.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ FRAGA, Katiúska; GUERRA COSME, Danay. "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil; sus límites y limitaciones." *op. cit.* pg. 30

En este sentido, debemos precisar que en las relaciones privadas, la seguridad jurídica tiene un doble aspecto, que a veces son exigencias distintas y opuestas. Por un lado, hay que proteger los derechos de los particulares y resguardarlos frente a los actos que los perturben, que se conoce como seguridad del derecho; por otro lado, también hay que atender a las conveniencias derivadas de la tutela a quienes adquieren de buena fe, que es lo que se conoce como seguridad en el tráfico.<sup>12</sup>

Por último, también conviene recordar, que el Derecho se desenvuelve en un marco social, con una determinada estructura y unos determinados parámetros económicos, de tal forma que en esta relación es típico que el cesionario pretenda obtener financiación para asumir la construcción del inmueble, por lo que una excesiva protección del cedente convertiría en poco atractivo este contrato, al reducir su posibilidad de actuación por establecer las obligaciones correspondientes o determinados efectos no deseados que conviertan en inútil esta forma de contratación y la falta de seguridad jurídica implicaría una subida de los intereses que se deben abonar por los créditos para la construcción.<sup>13</sup>

De todo lo anterior, se deduce que nos encontramos ante el ya conocido conflicto de intereses entre el cedente y el cesionario y los terceros, el interés público materializado en el principio de seguridad jurídica esencial para el desarrollo económico y el principio de autonomía de la voluntad en el derecho de obligaciones.

Por ello, en este trabajo, la investigación se va a llevar a cabo desde el referido conflicto de intereses que subyace teniendo en cuenta en cada supuesto cual es el interés

---

<sup>12</sup> LATORRE SEGURA, Ángel. *Introducción al Derecho*. Ariel Quincenal. Editorial Ariel S.A. 1984. 10ª Edición. pg. 41.

<sup>13</sup> MÉNDEZ, Fernando P. *Registradores de España*. núm. 69. julio-septiembre 2014. V Época. pgs 32-33. “Aquí los españoles no se han preguntado nunca por qué en la época de la década prodigiosa, teniendo una inflación mayor que Francia, teníamos un tipo de interés más bajo que nuestros vecinos. Esto es por la fortaleza y certidumbre de nuestro sistema registral.” “Modernizar un sistema registral no es aplicar nuevas tecnologías físicas porque sí, tecnologías que, por supuesto, deben ser paulatinamente incorporadas, como se ha venido haciendo desde hace, al menos tres décadas, sino conseguir que los asientos registrales sean un input incuestionable en la praxis judicial, y por lo tanto en la contractual, por la fiabilidad de su capital humano y las garantías de su procedimiento; conseguirlo de modo compatible con las exigencias del mercado, de modo que los costes transaccionales sean los más bajos posibles, es decir, que el sistema registral evite el mayor número de costes alternativos, tanto explícitos como implícitos. Por lo que se refiere al mercado hipotecario, debe posibilitar una gran seguridad jurídica y la mayor agilidad posible a los procesos de ejecución, y por fin, por lo que se refiere en general, a la ejecución de las decisiones judiciales y administrativas así como al cumplimiento de diferentes leyes, el sistema registral debe ser un eficaz instrumento de enforcement.”

más digno de protección en términos de Justicia, pero sin olvidar que las normas han de ser aplicadas sobre una realidad concreta.<sup>14</sup>

El método seguido es el científico, desde sus aspectos inductivos, dado que sobre lo que se trabaja en esta relación jurídica es sobre las sentencias de los Tribunales y las propuestas de la doctrina científica existentes hasta el momento; también se tiene en cuenta el aspecto deductivo, dado que su falta de regulación hace necesario aplicar los postulados generales a casos particulares, y por último la síntesis.<sup>15</sup>

El presente trabajo consta de seis capítulos. El primero se dedica al encuadramiento de la figura desde el punto de vista jurídico. Así, se analizan los antecedentes históricos, naturaleza y calificación del contrato, también el concepto, modalidades, caracteres y forma. La parte final del capítulo estudia el derecho de vuelo y su relación con este tipo contractual.

El capítulo segundo, se dedica a la problemática de la adquisición de la propiedad de los inmuebles futuros por el cedente, la tercería de dominio como protección de la situación del cedente, o la posible responsabilidad del cedente en caso de ruina o defectos de construcción en virtud de su condición de propietario del inmueble.

El capítulo tercero, se refiere a la influencia de determinados pactos propios del cedente con el cesionario, como es el pacto de cláusula resolutoria expresa, su cancelación así como el análisis de diversos supuestos frecuentes en este contrato, que producen modificaciones registrales, que también influyen en la posición del cedente, como los supuestos de agrupación de fincas. También se estudian los pactos del cesionario con terceros, (por ejemplo la constitución de hipoteca, que pueden influir y modificar la situación del cedente, más allá de la propia derivada intrínsecamente del contrato de cesión), y el valor de las prohibiciones de disponer y su influencia en el contrato objeto de estudio.

---

<sup>14</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Vol. I. Tomo I. Thomson Civitas. Ed. Aranzadi. 1ª edición 2008 (reedición). pg. 72.

<sup>15</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Vol. I. Tomo I. *op cit.* pg. 70. Entiende este autor: “Para no incurrir en las faltas habituales, conviene tener presente que la ciencia del Derecho positivo ha de considerar estos elementos: La idea de la Justicia es el criterio organizador y decisorio de toda la realidad jurídica; incluso en el último y mínimo detalle, la idea de Justicia será lo que justifique o excluya y la que dirá el porqué de la decisión”

Los capítulos cuarto y quinto, se refieren al incumplimiento del cesionario, desde el punto de vista del incumplimiento de la prestación de hacer o construir. Así el capítulo cuarto, se dedica a los supuestos de incumplimiento parcial y total, analizándose especialmente los supuestos de falta de obtención de la licencia de primera ocupación en relación con el exhaustivo estudio de la Jurisprudencia sobre este asunto más reciente. También se tratan los supuestos de excesiva onerosidad, su tratamiento jurídico y la conveniencia de su calificación como incumplimiento, el estudio expreso de los supuestos que atañen a esta relación como es la crisis económica sobrevenida a la firma del contrato y la modificación sobrevenida del planeamiento urbanístico. En el capítulo quinto se aborda los efectos de la resolución, siendo su eje central la restitución en sus diversos supuestos así como la valoración económica de la finca a efectos de restitución de la prestación al cedente, cuando se han producido fluctuaciones de mercado, cambios de planeamiento urbanístico o deterioro o menoscabo del inmueble, sin olvidar los efectos de la restitución frente a terceros.

Este mismo capítulo se refiere a la situación del cedente cuando el cesionario entra en concurso de acreedores. Se estudia cómo afecta este procedimiento a su posición jurídica en el contrato, la posibilidad de resolución del contrato en sede concursal, la calificación de su crédito y el alcance de la protección al cedente de la cláusula resolutoria expresa en este tipo de procedimiento.

Por último el capítulo sexto, se dedica a analizar la regulación que el Derecho Civil de Cataluña, ha realizado de este contrato, destacando por tanto su tipicidad frente al Derecho común, y si esta regulación y las soluciones adoptadas son beneficiosas y protegen suficientemente al cedente.

La parte final del trabajo, se dedica a las conclusiones obtenidas del estudio realizado y las posibles soluciones extraídas en la investigación así como a la procedencia de establecer una ley específica sobre este contrato.

## CAPITULO I

### CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA.

#### 1. INTRODUCCIÓN

##### 1.1 Desarrollo de la figura y justificación social y económica.

El intercambio de una finca o solar por construcciones futuras, ha tenido un desarrollo relativamente reciente, pues su expansión se produce hacia los años setenta del siglo XX, llegando a su máxima expresión coincidiendo con el desarrollo y apogeo de la construcción como actividad económica inmobiliaria, que se convirtió en la locomotora de la economía española..Es una figura jurídica elaborada por la doctrina y la Jurisprudencia, fundamentada en el principio de autonomía de la voluntad y en el principio *pacta sunt servanda*.<sup>16</sup>

Su desarrollo, también va unido además a la aparición del derecho urbanístico, que va a contribuir también al auge de esta figura, convirtiéndose en los años 80 en una moderna forma de contratación,<sup>17</sup> que va adquirir también notoriedad en el contexto de los procesos urbanizadores, en los que, por su elevado coste y complejidad, los particulares, generalmente propietarios de los terrenos afectos, no tienen suficiente capacidad económica, logística y técnica para llevarlos a cabo directamente. En estos supuestos, se ceden los aprovechamientos urbanísticos a cambio de obra futura. Así, el reciente CC de Cataluña recoge en su regulación como bien inmueble, los aprovechamientos urbanísticos, y consecuentemente el uso y evolución de la figura, se desarrollan conjuntamente propiciando el surgimiento de nuevas formas de intercambio inmobiliario.

El fundamento del auge de este contrato, es de contenido económico, tal y como pone relieve la doctrina y la Jurisprudencia, porque al promotor le permite obtener suelo edificable, sin necesidad de desembolsar previamente cantidad alguna,

---

<sup>16</sup> STS, (Sala 1ª) de 30 de abril de 2015. Sentencia 236/2015. Recurso de Casación 1022/2013. (RJ 2015,1702). Magistrado Ponente Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz que establece: "*Pacta sunt servanda: Es un principio básico del Derecho Civil, uno de los que éste se sustenta creado como expresión de la potencialidad normativa creadora, como dice la Sentencia de 12 de enero de 2009 y añade la de 19 de abril de 2010, que el sistema contractual español se fundamenta en la libertad de pacto consagrado en el art. 1255 del CC lo que ratifica la de 17 de diciembre de 2010; la de 14 de noviembre de 2011 insiste en ello.*"

<sup>17</sup> STS (Sala 1ª) de 5 de julio de 1989. (RJ 1989,5400). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.



especialmente en los periodos de expansión inmobiliaria, donde el valor del suelo alcanza precios muy altos, por lo que prefieren la cesión frente a la compraventa.

En nuestro entorno jurídico más próximo, tampoco está muy desarrollada, pues los ordenamientos jurídicos respectivos, tampoco la regulan expresamente. También es cierto, que en ellos, la actividad inmobiliaria no ha tenido tanto desarrollo como en España, y el significado de la propiedad desde el punto de vista sociológico en estos países tampoco está tan arraigado, como en nuestro país, donde la propiedad de los inmuebles por parte del ciudadano medio tiene gran importancia.

## **1.2 Algunas notas sobre los antecedentes históricos de la figura.**

En Roma, el antecedente más próximo es la permuta, pero la figura de cesión por obra futura tal y como se conoce actualmente, no parece que pudiera desarrollarse, (pues dado que la permuta era un contrato real, no podían permutarse bienes futuros), aunque quedan vestigios de su existencia como contrato innominado, habiendo llegado a nuestros días, a través de la polémica entre sabinianos y proculeyanos. Los primeros la consideraban como un caso de compraventa, para lo cual entendían que no era esencial que el precio fuera en dinero. Sin embargo, los proculeyanos, consideraban que en la compraventa el precio debía fijarse en dinero. La jurisprudencia posterior, adoptó la tesis proculeyana, dotándola de la *actio civilis*. Fue un proceso lento, en el que no faltan textos de juristas e incluso constituciones imperiales que parecen decantarse por la inclusión de la permuta dentro de la categoría de la compraventa.<sup>18</sup> En Roma se planteó la cuestión desde el punto de vista procesal, en relación a la protección que debían dispensarse a estos acuerdos. Así, si se entendía que era una compraventa, la acción procesal era diferente a la que correspondía si se consideraba una *permutatio*. Posteriormente el derecho justiniano, encaja esta figura en el grupo de los contratos *do ut des*, y se protege por las acciones comunes a los contratos innominados.<sup>19</sup> En todo caso, los contratos innominados se tratarían de una categoría contractual que se conforma como un auténtico cajón de sastre, en el que se incluyen hipótesis de

---

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Los contratos de permuta y estimatorio*. <http://repositorio.uam.es> pg. 219.(consultado el 02-10-2015)

<sup>19</sup>ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia Sucesiones*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1984. 17ª Edición. pg. 603 y ss.

supuestos *do ut des*, doy para que des, *do ut facias*, doy para que hagas, *facio ut des*, hago para que des, y *facio ut facias*, hago para que hagas.<sup>20</sup>

En virtud de lo anterior, puede establecerse, que en Roma, se dispensó una protección adecuada al cedente a pesar de la atipicidad del contrato, y que el hecho de que no fuera posible la permuta de cosa futura, ello no impidió que se pudiera producir el intercambio de un bien presente por uno futuro.

En la Edad Media, las Partidas del Rey Alfonso X dedican el Título VI de la Partida V<sup>21</sup> a los *camios que los homes facen entre sí, e que cosa es camio et en que manera se face*. Además la Ley V de ese Título recoge la expresión por primera vez en castellano de contratos innominados, aparece un contrato *do ut facias*, pero sin hacer referencia expresa, evidentemente a la cesión de solar por obra futura, pero que se considera también como precedente de la aportación

En épocas más recientes son antecedentes todos los contratos agrícolas parciarios: la plantación de viñas y la cesión a primeras cepas,<sup>22</sup> las variedades de los

---

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Los contratos de permuta y estimatorio*. op.cit. pg. 223.(consultado el 02-10-2015)

<sup>21</sup>El título VI de la Partida V, está dividido en cinco Leyes. Se dedica a los *camios* y expresaba: “*Camiar una cosa por otra es una manera de pleyto que semeja mas al de las vëndidas et de las compras que á otro; ca bien asi como home gana la cosa que ha comprada por prescio que da por ella bien otrosi la gana por aquello que por ella camió. Onde pues que en el título ante deste fablamos de las vëndidas et de las compras, queremos aquí decir de los camios: et mostraremos qué cosa es camio: et en qué manera se face: et quién lo pudo facer: et de qué cosas; et qué fuerza ha: et por qué razones puede ser desatado después que fuere fecho:et sobre todo mostraremos de los otros pleitos á que dicen en latin contractus innominati, que han semejanza con el camio*”. La Ley V se rubrica de la siguiente forma: “*De los pleytos que son llamados contractus innominati que han semejanza con el camio*”. Y textualmente recogía:

“*Contractus innominati en latin tanto quiere decir en romance como pleytos en posturas que los homes ponen entre sí que no han nombres señalados, et son quatro maneras dellos: la primera es quando alguno da su cosa por otra, et este es el camio de que fablamos en las leyes ante desta; la segunda es quando alguno da su cosa á otro que non sean dineros contados porquel faga otra por ella; ca entonces decimos que si aquel no compliese lo que prometió, en su escogencia es del otro de demandarle la cosa quel dió por esta razón, o aquel peche los daños et los menoscabos que por ende rescebió, los quales deben ser creídos por su jura con estimación del judgador. La tercera es quando un home face a otro alguna cosa señalada porque dé otra; ca si despues que la hobiese fecha nol diese aquello que habiese prometido, puédelo demandar como razón de engaño et debel seer pechado con los daños et menoscabos, así como desuso deximos. La quarta es quando algunt home face alguna cosa á otro porquel faga aquel que la face otra por ella: et en esta decimos que quando alguna de las partes fizo lo que debíe, que puede demandar á la otra que cumpla lo que debie facer, ó quel peche los daños et los menoscabos que rescebió por esta razón, los quales deben seer estimados segunt sobredicho es*”.

Fuente; *Las siete Partidas del Rey D. Alfonso El Sabio*. Cotejadas con varios Códices antiguos. Real Academia de la Historia. Tomo III (Partidas quarta, quinta, sexta y séptima), De orden y a expensas de S.M Imprenta Real. Madrid. Año 1807. pgs 209-211

<sup>22</sup>El censo a primeras cepas, es según el art. 1656 del CC *aquel derecho en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole al cesionario una renta o pensión anual*.

censos y foros en las regiones forales,<sup>23</sup> pero en su forma actual no se pueden encontrar antecedentes.

Los parcos antecedentes históricos nos dan una idea de la escasa entidad que tuvo esta figura en el Derecho antiguo, así como su poco uso, que hace que aparezca casi como una figura anecdótica perdida en la Historia del Derecho.

Por ello, su desarrollo, va unido al auge de la actividad inmobiliaria tal y como se conoce actualmente, y a la aparición del Derecho Urbanístico, que también ha contribuido al apogeo de esta figura, convirtiéndose en una “moderna forma de contratación” según denomina la STS de 5 de Julio de 1989<sup>24</sup>. En este sentido, este contrato adquiere notoriedad también en un contexto de procesos urbanizadores, tal y como se refiere la Resolución del TEAC de 26 de septiembre de 1996<sup>25</sup> en el marco de la realización de obras de urbanización, en las que por su elevado coste y complejidad los particulares, generalmente propietarios originales de los terrenos afectos, no tienen capacidad económica, logística ni técnica para llevarlos a cabo. En estos supuestos, quienes promueven la urbanización tienen como principal actividad la solicitud de las correspondientes licencias y la adjudicación o encargo de las obras cuando no las realizan por sí mismos. Para ello, necesitan disponer previamente de suelo o disponer de un título jurídico sobre un solar que les permita urbanizar y edificar, pudiéndose ceder además los derechos de aprovechamiento urbanístico del mismo. En este sentido, el reciente CC de Cataluña, recoge en su regulación como bien inmueble, los derechos de aprovechamiento urbanístico tal y como se recoge en el art. 511.2. d) de libro V. Por lo cual, el uso de la figura, va a la par, del desarrollo de nuevas formas de intercambio inmobiliario. De ahí que lo que en principio se conoció como permuta o cesión de solar por obra futura, deba conocerse además como cesión de edificabilidad como hace la Ley de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura de Cataluña, Ley 23/2001 de 31 de Diciembre, respondiendo a los cambios sociales en cuanto a la propiedad del suelo.

---

<sup>23</sup>En el derecho catalán estas cesiones agrícolas se corresponderían con la figura de la *rabassa morta*.

<sup>24</sup> STS, Sala 1ª, de 5 de julio de 1989. (RJ, 1989, 5400). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

<sup>25</sup> RTEAC de 26 de septiembre de 1996. (Jurisprudencia Tributaria RJ, 1996,1392), que entiende por urbanizar: “reconvertir un terreno que no es apto para construir en otro susceptible de edificación, acondicionándolo para ello con servicio de abastecimiento de aguas, suministro de energía eléctrica, evacuación de aguas, acceso rodado...”

También, esta figura, viene siendo utilizada por los Ayuntamientos y otros organismos de la Administración, con el fin de obtener edificaciones sin realizar cuantiosos desembolsos económicos. El problema en este sector se produce por la especial regulación de la contratación administrativa, sujeta a determinados procedimientos de adjudicación, que ha provocado, en muchas ocasiones, numerosos problemas relativos a la validez de estas operaciones cuando interviene un organismo público. Por otro lado, otra cuestión suscitada, es la relativa a la naturaleza civil o administrativa de estas relaciones jurídicas entre administración y particulares. Y aunque no va a ser este punto el objeto de nuestra tesis sí conviene al menos reflejarlas someramente, dada la frecuencia con que se producen en el tráfico jurídico actual. Otras veces, este tipo de actuaciones responden a la denominada disociación de la propiedad o pluridominio, a pesar de lo establecido en el art. 359 del CC.

A pesar de todo lo anterior, el Derecho común no regula todavía esta figura, salvo el periodo que estuvo vigente el art. 13 del RH según la redacción dada en el R/D Ley 1867/1998,<sup>26</sup> que fue declarado nulo en su mayor parte por la STS, Sala 3ª de 31 de Enero de 2001.<sup>27</sup> Por el contrario, la única regulación existente es la introducida por la Ley de cambio de finca o edificabilidad por obra futura, de 31 de diciembre de 2001.<sup>28</sup>

## **2. NATURALEZA JURÍDICA.**

La naturaleza jurídica de la cesión de solar es una cuestión que se ha planteado en la doctrina y en la Jurisprudencia, sin que exista unanimidad al respecto. Lo indudable, a pesar de las divergencias existentes, es que todos ellos coinciden en la necesidad de determinar su naturaleza para, en consecuencia, establecer el régimen jurídico aplicable.<sup>29</sup> En este sentido se pronuncia la STS de 8 de Marzo de

---

<sup>26</sup> R/D Ley 1867/1998 de 4 de septiembre por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario. (BOE 29-09-1998)

<sup>27</sup> STS, Sala 3ª (Sección 6ª), de 31 de enero de 2001. Sentencia 571/2001. Recurso de Casación 507/1998. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morata. (RJ 2001,1083)

<sup>28</sup> Ley 23/2001 de 31 de diciembre de cambio de finca o edificabilidad por construcción futura. (DOGC 18.01.2002). (BOE 2.02.2002)

<sup>29</sup> ARNAU MOYA, Federico. "Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra". *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*. 2009.pg. 216.

2013,<sup>30</sup> cuando establece la necesidad de calificar el contrato para determinar la normativa aplicable.

## 2.1 Posición de la doctrina

La doctrina, también se encuentra dividida, siendo la opinión mayoritaria la de aquellos<sup>31</sup> que consideran que es:

a) Un contrato típico de permuta, aunque se le apliquen también las normas de otros contratos como el arrendamiento de obra o empresa, porque lo que realmente persiguen las partes es cambiar una cosa presente por otra futura.<sup>32</sup> Sin embargo, hay supuestos que no encajan en

---

<sup>30</sup> STS de 8 de marzo de 2013. Sala 1ª de lo Civil. Sección 1ª, Sentencia 166/2013. Recurso de Casación núm. 1827/2010. (RJ 2013, 2286). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en su fundamento de derecho primero establece: *“Es de señalar, con base en reiterada doctrina de esta Sala, que si bien la interpretación de los contratos, y en general de los negocios jurídicos y por extensión la calificación de los mismos es, en principio, función propia de los juzgadores de instancia, sin embargo el resultado exegético o calificativo por ellos obtenido puede ser sometido a revisión casacional, y debe ser rectificado cuando sea contrario a las normas legales, ilógico o claramente equivocado. Por otra parte es de señalar, también con fundamento en profusa jurisprudencia, que los contratos son lo que son, y no como se califiquen por los intervinientes, debiendo atenderse para su calificación a lo realmente pactado, lo buscado de verdad por las partes. Para ello, habrá de tenerse en cuenta su contenido, que permitirá su encaje en una figura ya establecida, o determinar su carácter atípico, y semejanza con otros negocios típicos, de tal modo que establecida su naturaleza, será posible tomar en cuenta las normas jurídicas que les son aplicables y mediatamente que efectos derivan de la voluntad de los contratantes.”*

<sup>31</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco. “Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que se construyan”. Universidad de Murcia. D-81. BERCOVITZ RODRIGUEZ - CANO, Rodrigo, MUÑIZ ESPADA, Esther, AVILÉS GARCIA, Javier, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael, COSTAS RODAL, Lucía, GARCÍA GARNICA Mª del Carmen, MORALES IMBERNON, Nieves, RUBIO GARRIDO, Tomás. Contratos con finalidad traslativa de dominio. Epígrafe 12. pg. 1. <http://www.tirantonline.com> TOL1.810.039. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. Introducción al derecho de contratos. Epígrafe 3. <http://www.tirantonline.com> TOL1.799.158. pg. 2. LOPEZ FRÍAS, Ana. “El contrato de cesión de solar por pisos en el tráfico jurídico” <http://vlex.com/vid/284043>. pg. 2. considera, que *“nos encontramos en el ámbito de la permuta, pero que no hay argumentos definitivos para decantarse por calificar la cesión de solar por pisos de una única y exclusiva manera”*. BLASCO GASCO, Francisco. “Comentario a la STS de 5 de Julio de 1989 C.C.J.C., 1989, ref. 542 pg. 795; considera este autor que: *“el carácter futuro o la no existencia actual de la cosa objeto de una de las prestaciones no desnaturaliza el contrato, porque las partes no se dan ni ceden en permuta sino que se obligan a dar y ceder en permuta. La obligación de edificar sólo constituye una prestación instrumental, necesaria pero no suficiente para cumplir lo que sí es la prestación principal del contrato: la entrega de los pisos o locales. Sin embargo, también este mismo autor, sostiene que la permuta de cosa actual por cosa futura, admite gran cantidad de modalidades, tanto en la aportación del solar como, especialmente, en lo que a la contraprestación se refiere, por lo que no es posible darle una calificación global”*. BLASCO GASCÓ, Francisco. Dcho. Civil. Obligaciones y Contratos. 3ª edición. 1998. <http://www.tirantonline.com> TOL10366. pg. 2.

<sup>32</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. Contratos con finalidad traslativa de dominio. <http://www.tirantonline.com> TOL1810039 pg. 6 consideran *“que el principal inconveniente que se baraja para la calificación de este contrato como permuta (amén del carácter futuro de una de las prestaciones), es la coincidencia-aunque sea con carácter parcial-de los objetos a permutar. Téngase en cuenta que la propiedad del suelo que se cede retornará de nuevo al cedente en la cuota correspondiente a los pisos y locales que el cesionario se obliga a entregar, con lo que no se cumple la independencia de los objetos intercambiados propia del contrato de permuta. A pesar de ese inconveniente es opinión común la calificación del contrato como permuta, si bien se trataría de una permuta especial, y sin que a ello obste*

la naturaleza de la permuta, como cuando se cede una cuota del solar a cambio de una parte de lo que en él se construya. En este caso, la obligación de construir no tiene un carácter instrumental, sino que se convierte en la prestación principal que debe cumplir una de las partes, y no se produce la entrega de los inmuebles edificados por el cesionario, sino que el cedente los adquiere por accesión a medida que se vayan construyendo. Por ello, la doctrina, considera que este supuesto sí es un supuesto atípico, pues el intercambio de una cosa por otra no es la obligación principal.<sup>33</sup>

b) Otro sector doctrinal considera que no puede establecerse una naturaleza única dada las diferentes posibilidades de configurar la figura obteniendo los mismos resultados, por lo cual resulta una actividad carente de interés,<sup>34</sup> y entienden que cualquiera que sea la calificación

---

*la imprescindible labor de construcción (obligación de hacer), que del contrato necesariamente se deriva".* DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. Estudios de Derecho Civil. Ed. Montecorvo. Madrid. 1985. pgs. 359 y 360. Entiende este autor que *"El solar se transmite al constructor desde el momento en que se concierta la operación, consiste en una permuta de cosa presente por cosa futura. No se trata de una permuta simple, sino cualificada por la obligación del adquirente del terreno a construir."* Más recientemente, se pronuncia en este sentido, MARRERO GONZÁLEZ, Guayasén. "El renacimiento de permuta en el ámbito inmobiliario: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial de la permuta de solar por pisos o locales a construir". *Anales de la Facultad de Derecho*, número 25, mayo 2008, pg. 243 *"La realidad es que hoy se puede decir que este contrato ha renacido de las cenizas del abandono para convertirse en un instrumento básico en la construcción inmobiliaria y de incuestionable actualidad"*. En contra MUÑOZ DE DIOS, Gerardo. *Aportación de solar y construcción en comunidad*. Ed. Espasa Universidad. Madrid. 1987.

<sup>33</sup> LOPEZ FRIAS, Ana. *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*. pg. 4. BADOSA COLL, Ferrán y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. "La cessió de finca o edificabilitat a canvi de construcció futura. Estudi preliminar" *Proyecto d'investigació DGES PB 98-1173* enmarcado en el tercer plan de recerca de la Generalitat de Catalunya (2001 SGR 00022).

<sup>34</sup> CARRASCO PERERA, Ángel. CORDERO LOBATO, Encarna y GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen. *Derecho de la Construcción y la vivienda*. pg. 308. *"Por último la calificación es una operación carente de sentido si se acepta la afirmación arriba hecha de que la operación económica que puede corresponderse con una pluralidad de tipos puros o mixtos contractuales."* MUÑOZ DE DIOS, Gerardo. *Aportación de solar y construcción en comunidad*. pg. 24-30, 41 y 42. Madrid 1987. NAVARRO CASTRO *"Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994. Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción. Tradición instrumental de pisos por construir"* C.C.J.C 1994, págs. 1046 y 1047. PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> del Carmen. "Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura" *RCDI*, núm. 674, nov-dic.2002, pgs. 2079 y 2080. Considera esta autora *"El esquema básico al que responden los distintos contratos de cesión no permite concluir que exista un único tipo social ni jurídico de que pueda predicarse una tipicidad, entendida como disciplina jurídica unitaria."* En este mismo sentido, se pronuncia SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *El contrato de cambio de solar por edificación futura*. op. cit. pg. 20. HERNANDEZ ANTOLÍN, José Manuel. "El negocio de aportación de solar a cambio de edificación a construir" en *Manual de Derecho de la construcción*. Manuales profesionales La Ley. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. pg.1261. Entiende este autor: *"Que el llamado contrato de aportación es una realidad económica, que carece de unidad jurídica (la RDGRN de 16 de mayo de 1996 habla de una pluralidad de procedimientos jurídicos), ya que jurídicamente puede adoptar diversas figuras, según sea la particular forma en que se documente el*

elegida, el régimen aplicable se integrará por los pactos entre las partes, las normas de los contratos traslativos de propiedad o las normas propias del contrato de obra.

c) Un tercer sector doctrinal, lo considera, como contrato atípico, pues su contenido no encuentra encaje concreto, en ninguna de las figuras jurídicas establecidas en el CC.<sup>35</sup>

d) También, hay autores que van más allá y lo consideran un contrato mixto o complejo<sup>36</sup> argumentando que no puede mirarse sólo a la operación en su conjunto sino a las prestaciones que comprende. Entienden que, si hay acuerdo en que el cesionario tiene que construir, no puede decirse que hay permuta, pero tampoco hay contrato de obra, porque el cedente no hace nada sino que da algo.

De las exposiciones doctrinales anteriores, puede deducirse que, aunque la opinión doctrinal mayoritaria, entiende que esta figura se corresponde con la permuta sí es cierto, que la doctrina más reciente se decanta por calificarla como contrato atípico *do ut des*, quizás influida por la Jurisprudencia. Aunque como se aprecia, es un tema que dista mucho de ser pacífico.

En nuestra opinión, consideramos que la cesión de solar por obra futura, responde a una nueva forma de contratación, diferente de las tipificadas en el CC, que aunque guarda similitudes con la permuta, no nos encontramos siempre ante un contrato de permuta, pues como ha quedado expuesto anteriormente, no se ajusta totalmente a la tipicidad de ésta; porque, aunque el intercambio de una cosa por otra futura, es la finalidad económica perseguida por las partes, no es menos cierto, que el cesionario se obliga, además, a realizar otras prestaciones, pero que son necesarias para la consecución de ese intercambio económico.

---

*contrato (aproximándose según los casos, a la permuta, a u contrato mixto de cesión y arrendamiento de obra”.*

<sup>35</sup> ZURITA MARTIN, Isabel. “Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección.” *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Volumen III. Ed. Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones. Universidad de Granada. Universidad de Jaén. Año 2000. pg. 1887. SILLERO CROVETTO, Blanca, GARCIA ALGUACIL, M<sup>a</sup> José. “El contrato de cesión de solar a cambio de obra a construir y el principio “iura novit curia.” *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*. Ed. Universidad de Valencia. 1996. pg.343.

<sup>36</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra*. 2002.*op.cit* Epígrafe 2

Por otro lado, la entrega de la finca al cesionario también tiene un aspecto instrumental, porque se entrega para que se transforme en otra cosa mediante el proceso constructivo, siendo el resultado de esa transformación lo que el cesionario está obligado a entregar. En este último aspecto coincidimos con quienes consideran que existe coincidencia entre los objetos a permutar, ya que el suelo revertirá nuevamente al cedente, en la cuota proporcional que corresponda a los inmuebles que se le entregan. Además, teniendo en cuenta que las obligaciones que se adquieren por las partes son recíprocas, los efectos en los supuestos de incumplimiento contractual y consiguiente resolución, serían la reintegración al patrimonio de cada una de las partes de los objetos permutados tal y como se entregaron, circunstancia que no se produce en los supuestos, en que sobre la finca se ha iniciado la construcción.

## 2.2 Posición de la Jurisprudencia.

En relación con la naturaleza del contrato de cesión, la Jurisprudencia se encuentra dividida y ha venido considerando varias posibilidades:

1. Contrato típico: Se considera a esta figura de cesión de solar como un contrato típico, bien de compraventa o bien de permuta.<sup>37</sup> En ocasiones aunque las menos, también lo ha considerado de sociedad.<sup>38</sup> Esto sucede en la STS de 26

---

<sup>37</sup> STS de 1 de julio de 2010, Sala 1ª, Sentencia 459/2010, Recurso de Casación 1839/2006, (RJ 2010,3293). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en su fundamento de derecho tercero, dice: *"En primer lugar, se califica el contrato como de permuta de cosa futura, parcela a cambio de parte de edificación a construir, contrato reconocido por la doctrina y jurisprudencia y de enorme difusión en la realidad social, válido de la misma manera que la compraventa de cosa futura, encajable por consiguiente en el concepto de permuta que da el artículo 1538 del CC."* En este mismo sentido se pronuncian la STS de 8 de marzo de 2001 y STS de 19 de julio de 2002. STS de 8 de marzo de 2013. Sentencia 166/2013. Recurso de Casación 1827/2010. (RJ 2013,2286). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

<sup>38</sup> STS de 26 de abril de 1988, Sala de lo Civil, (RJ 1988,3279). Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández-Cid de Temes, que en su fundamento de derecho segundo dice: *"La verdad es que si los contratantes pusieron un terreno y otro industria de construcción para vender lo que se construyese y repartir así el precio, convinieron lo que el art. 1665 CC llama contrato de sociedad."* La doctrina por su parte se encuentra dividida a este respecto. Así SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *El contrato de cambio de solar por edificación futura. op. cit.* pg. 87, considera que suele calificarse el contrato como de sociedad cuando se pacta que el precio sea un porcentaje sobre los beneficios derivados de la venta. Sin embargo, SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia. *Cambio de solar por edificación futura.* Ed. Aranzadi Thomson Reuters. 2010. 4ª Edición. pg. 124, no considera apropiado la aplicación de la normas del contrato de sociedad, pues el dueño del solar solo persigue un fin de cambio, es decir que se le entreguen los locales o viviendas a construir. Falta el requisito de la *"affectio societatis"*. En este mismo sentido, RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra.* Ed. Tirant lo Blanch 2002. pg. 14, entiende que *"La similitud con la sociedad se encuentra en el hecho de que las partes ponen en común en cierto sentido unas aportaciones, colaboran y existe un componente de confianza. Incluso en ciertos casos, el reparto de la obra resultante se determina de modo porcentual, como si se tratase de beneficios. No obstante en la mayoría de los casos la cesión tiene una estructura bilateral o sinalagmática ajena a la"*



de abril de 1988, que considera contrato de sociedad la cesión de un solar al cesionario, comprometiéndose este último a entregar el 33% de todas las ventas que efectuasen de la edificación, debiendo adjudicar también a los propietarios del solar, un local y dos plazas de garaje.

2. Contrato atípico: La STS de 22 de mayo de 1974,<sup>39</sup> inicia una nueva tendencia y lo considera un contrato atípico. También, en ocasiones, aún considerándolo un contrato atípico lo reconduce a las figuras típicas, aplicando la normativa de éstas, mediante la teoría de la absorción.<sup>40</sup> Generalmente, en estos casos, se ha remitido a las normas de la permuta<sup>41</sup> y de la sociedad.<sup>42</sup>

---

sociedad.” CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen. *Derecho de la construcción y la vivienda*. Ed. Aranzadi. pg. 310. Consideran: “Frente a terceros, debe considerarse existente una sociedad puramente interna, cuyo régimen se remite a las normas de la comunidad.

<sup>39</sup> STS Sala 1ª de 22 de mayo de 1974, (RJ 1974,2093) dice: “El negocio jurídico perfeccionado entre las partes es un contrato atípico que no encaja en su conjunto en ninguna de las figuras contractuales que define y regula específicamente el CC, si bien puede tener rasgos y peculiaridades que no en su totalidad, si no en parte puedan resultar comunes o afines con alguna de aquellas figuras contractuales, pero con las que no se identifica”.

<sup>40</sup> STS de 3 de junio de 1970. (RJ 1970,2790). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño, que en el Considerando 1º dice: “ Considerando que el motivo primero de recuso, formulado al amparo del número 1º del art. 1692 de la LEC, se plantea el problema de la naturaleza jurídica del pacto contractual contenido en el documento privado de 21 de Noviembre de 1962 convenido por las partes después litigantes en el proceso de que traen causa las presentes actuaciones, diciéndose-y esto es cierto- que la solución correcta se obtiene por la simple lectura de aquel que no afirma lo que pretende el Tribunal de instancia limitado a la tesis unitaria de que se trata de un mero contrato de compraventa con la única particularidad de tener por objeto una cosa futura –el local que debía ser construido-por lo que debe estimarse que la sentencia recurrida infringió por violación ante todo el art. 1281 del CC, relativo a las normas de la hermenéutica, y además los arts. 1445, 1588, 1809 del mismo texto legal, donde se preceptúan las normas atinentes a los contratos de obra y de transacción que junto con el mencionado de la compraventa se considera fueron los tenidos en cuenta conjuntamente, para dar nacimiento a un acto mixto o complejo que no fue tenido en cuenta por la sentencia que se impugnaba ; resultando, sin embargo, que el discutido documento de 1962, tanto en su introducción o preámbulo como en su antefirma final, habla de comprador y vendedor, para designar a los contratantes, añadiéndose en la estipulación segunda, que lo que respectivamente quieren aquellos es transmitir y adquirir y precisando con toda claridad en la tercera que el contrato que se celebra es el de venta del objeto que se describe; calificación contractual que no puede ser alterada por la concurrencia de otros dos elementos que, ciertamente contenidos en el mismo escrito, son utilizados por la recurrente en defensa de su tesis: a) en primer lugar, las obras que deberían efectuarse por el vendedor, consistentes, primero en la demolición de un viejo edificio para construir después el nuevo donde radicaría el local comercial, objeto de la operación que incluso en la cláusula letra c) de la estipulación tercera se ponen como cosas separadas al hablar del precio conjunto de la compraventa y de la obra, no obstante lo cual no puede servir para desvirtuar aquella naturaleza, porque lo que se persigue, es decir el objeto primordial de los intervinientes, es la entrega del local, para lo que aquella obra es un accesorio que posibilita la efectividad real de la obligación de vender que continúa siendo, sin lugar alguna, la prestación predominante, cuyas reglas jurídicas son las que pensaron las partes y, por supuesto, las que habrán de ser aplicadas a la manera como hicieron en instancia ambos juzgadores.”

<sup>41</sup> STS de 22 de marzo de 2010. Sala de lo Civil. Sección 1ª, Sentencia 190/2010, Recurso de Casación 1052/2006, (RJ 2010,3918). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, que en su fundamento de derecho primero dice: “El presente recurso de casación se centra en la interpretación de un determinado contrato de permuta de cosa futura, frecuente en la práctica y reconocido en la

3. Contrato atípico *do ut des*: Actualmente se considera como un contrato de naturaleza atípica *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías reguladas en el CC, aunque presente notas que lo aproximan a la permuta. No obstante, esta calificación al que por analogía se le aplica la normativa de la permuta, no ocurre en todos los casos, pues en ocasiones acepta la existencia de otras posibilidades, como la prestación subordinada de obra,<sup>43</sup> y otras modalidades producto de la autonomía de la voluntad. También, en algunas sentencias, se rechaza expresamente la analogía con la permuta, tal y como sucede en la STS de 30 de septiembre de 1993.<sup>44</sup> Por el contrario,

---

*jurisprudencia como contrato de permuta atípico. Una parte dueños de una finca, los demandantes en la instancia y ahora recurrentes en casación y la otra parte, la promotora-constructora "Proyectos Burgaleses S.A" celebraron el 25 de noviembre de 1998 lo que llamaron "contrato de opción de compra", en documento privado, por el que los primeros, cedentes, conceden a la segunda "la opción de compra que describen y ésta en caso de ejercitarla, paga el precio que se fija en la cláusula 3ª, de este tenor, que acredita la naturaleza de permuta."* En este mismo sentido, se pronuncian las SSTs de 8 de Marzo de 2001. Sentencia 235/2001. Recurso de Casación 473/1996, (RJ 2001,3975). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; de 19 de julio de 2002. Sentencia 792/2002. Recurso 961/1997 (RJ 2002,9097). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; y de 30 de mayo de 2006. Sentencia 559/ 2006. (RJ 2006,3173). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

<sup>42</sup>STS de 9 de octubre de 1995. Sala de lo Civil. Sentencia 855/1995. Recurso de Casación 1266/1992 (RJ 1995,7026). Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, que en su fundamento de Derecho Octavo dice: *"La calificación que la sentencia recurrida hace del contrato litigioso, como un contrato atípico, complejo y mixto de venta y asociación o sociedad en la que concurren elementos tipificadores de esta última cuales son una aportación en dinero, bienes o industria."* En este mismo sentido se pronuncian, las SSTs de 30 de noviembre de 1990. (RJ 1990, 8735). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa; de 27 de marzo de 1987. (RJ 1987,9340). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons; de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7676). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui.

<sup>43</sup>STS de 20 de noviembre de 2009, Sala 1ª, Sección 1ª. Sentencia 781/2009. Recurso 1904/2004 (RJ 2009,7112). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz que establece: *"Tal contrato debe ser calificado como permuta de cosa futura, contrato atípico no regulado específicamente y harto frecuente en la práctica. Aquellos eran propietarios de unos terrenos, solares edificables previéndose una planificación de 75 viviendas por hectáreas y D. Berlamino se obligaba a redactar el correspondiente plan parcial de los terrenos para su conversión en solares. Los cuales una vez convertidos en solares edificables los recibirían éstos y construirían un edificio en el que entregarían a aquellos el 11,5% de viviendas y locales. El plan parcial se aprobó con mucho retraso en 2001, y el contrato quedó sin cumplirse."* En este mismo sentido, STS de 17 de enero de 2001 (RJ 2001,1315), STS de 2 de Noviembre de 1999 (RJ 1999,7997), STS de 2 de noviembre de 1997, (RJ 1997,7899). RUDA GONZÁLEZ, Albert *El contrato de cesión de suelo por obra. op. cit.* pg. 12. *"Esta configuración escinde el contrato en una prestación principal y otra subordinada o instrumental perteneciente a un tipo contractual diferente. La prestación subordinada se limita a ser un simple medio para realizar el fin principal del contrato"*. Según este autor, esta calificación desde un punto de vista práctico resulta inútil, pues también debe aplicarse el régimen jurídico de la prestación subordinada, sujeta a una legislación especial imperativa sobre el proceso de edificación.

<sup>44</sup> STS de 30 de septiembre de 1993, Sala de lo Civil, Sección 1. Sentencia 868/93, Recurso 2457/1990, (RJ 1993,6481), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, que en su fundamento de derecho 4º Dice: *"Conviene hacer constar y aunque no sea un tema directo de la pugna casacional que el contrato de aportación de solar a cambio de vivienda a construir y que los recurridos sostuvieron tenazmente como expresivo de permuta, no responde fielmente a la figura jurídica, pues no tiene encaje legal preciso en el art. 1446 que el CC contempla. La doctrina de esta Sala, se ha inclinado por reputarlo de naturaleza propiamente atípica "do ut des" al tratarse de cosa futura que se corresponde con otra presente, sin perjuicio de sus posibles encuadramiento en los casos en los que así se determine."*

la SAP de Alicante, de 16 de febrero de 2006,<sup>45</sup> lo considera un contrato *do ut des*, pero como una modalidad del contrato de permuta.

La Jurisprudencia, como puede apreciarse resulta en ocasiones dispar, encontrándose líneas o corrientes jurisprudenciales que ante supuestos similares, varía la calificación dada al negocio jurídico de unos casos a otros.<sup>46</sup> Y a pesar de que actualmente la tendencia es la de considerarlo como un contrato atípico *do ut des*, no es menos cierto que también en numerosas sentencias lo sigue considerando como permuta, permuta atípica, permuta con prestación subordinada de obra, o incluso como arrendamiento de obra tal y como sucede en la STS de 5 de junio de 2002.<sup>47</sup>

Cabe destacar, por su singularidad, el supuesto de resolución por incumplimiento contemplado en la STS de 2 de diciembre de 2011,<sup>48</sup> por el que el propietario del solar lo transmite a la cooperativa de viviendas demandada a cambio de un precio en dinero y del derecho a adquirir un piso en el edificio que ésta construirá en el solar, también, por un precio. La propietaria del local pide la resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento contractual de la Entidad cooperativa limitada de viviendas San Francisco de Lorca, solicitando la restitución del solar y su derecho a retener las cantidades recibidas e indemnización de daños y perjuicios. El propietario había transmitido el solar por el precio de diez millones de pesetas y el derecho a comprar la vivienda que elija, con plaza de garaje y elementos auxiliares por

---

<sup>45</sup>SAP de Alicante de 16 de febrero de 2006 (Sección 6ª), Sentencia 78/2006, Recurso de Apelación 468/2005, (RJ 2006,243687). Magistrado Ponente, Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva, que en su fundamento de derecho cuarto dice: “La modalidad del contrato de permuta frecuente en la actualidad es lo que se denomina “cesión de solar por locales o pisos a construir”. La STS de 24 de octubre de 1983, nos indica que el negocio de cesión de solar por pisos o locales en el edificio a construir es calificado por la jurisprudencia de contrato “do ut des”, no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el CC, aunque presente notas que le aproximan al contrato de permuta, e incluso subsumible por analogía dentro de los términos del art. 1538, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga existencia real en el momento de practicarse, por lo que se tratará de una prestación de cosa futura que se corresponde con la presente.”

<sup>46</sup>MARRERO GONZÁLEZ, Guayasén “El renacimiento del contrato de permuta en el ámbito inmobiliario: Análisis doctrinal y jurisprudencial de la permuta de solar por pisos o locales a construir.” *Anales de la facultad de Derecho*. Universidad de La Laguna. núm. 25. mayo 2008. pg.243.

<sup>47</sup> STS de 5 de junio de 2002. (RJ 2002, 6572).

<sup>48</sup> STS de 2 de diciembre de 2011, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia 914/2011, Recurso de Casación 1756/2008. (RJ 2012,4520), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz que en su fundamento de derecho segundo dice: “Este es un contrato complejo, llamado también mixto, en que su especificidad se halla en la síntesis, que no suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de la causa, lo que le da identidad diferenciada. Contrato que se rige por lo pactado, *lex contractus* que proclama el art. 1091 del CC, a cuyo contrato se aplica la normativa de los pactos que aún, en lo que se ha dado en llamar teoría de la combinación, que en el fondo no es otra cosa que volver al viejo principio de la analogía. También lo califican como contrato atípico *do ut des* la SAP de Madrid, de 25 de febrero de 2013, Sección 18, Sentencia 94/2013, Recurso de Apelación 473/2012 (RJ 2013, 3432), Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Guadalupe Jesús Sánchez.

el precio de siete millones de pesetas en el edificio que dicha cooperativa proyecta construir en la finca. En la escritura de compraventa se prevé en el contrato la obtención de la correspondiente licencia de obras, la comunicación al transmitente para que elija la vivienda, y, la admisión del propietario como socio de la cooperativa si no se permite realizar ningún tipo de edificación de vivienda. El Alto Tribunal lo califica de contrato complejo de cesión de solar por obra y entrega de cantidad en concepto de precio, y a la que se le aplican la normativa de los pactos que aúna, en lo que se ha dado en llamar “teoría de la combinación”. Lo argumenta entendiendo que existen obligaciones propias de la compraventa con las de permuta de cosa futura, pero que no son exactas unas y otras, ya que ni el precio es el propio de la compraventa, ni la cosa futura se entregará sin más, sino por un precio. En nuestra opinión en esta Sentencia, el TS, con la calificación que realiza, parece ir más allá y lo califica como un contrato distinto al de cesión de solar por obra futura.<sup>49</sup> La cesión de solar por obra futura en la que existe además un intercambio de dinero, es plenamente admitida por la jurisprudencia desde hace tiempo. Ya la STS de 19 de mayo de 1982,<sup>50</sup> la admitía denominándola permuta con compensación en dinero al amparo del art. 1446 del CC. Por su parte, la doctrina,<sup>51</sup> también la admite entendiendo que no se desnaturaliza la calificación del contrato, pues a veces resulta imprescindible por la dificultad de intercambiar dos cosas cuyo valor sea exactamente el mismo, por lo que a través de la entrega en dinero, se realiza una función de compensación.

Otra línea jurisprudencial se refiere a este contrato como una permuta con prestación subordinada de obra, determinante de un contrato atípico *do ut des* subsumible por analogía dentro de los términos del art. 1538 del CC, tal como lo establece la STS de 1 de junio de 2005<sup>52</sup>. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de

---

<sup>49</sup> SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *El contrato de cambio de solar por edificación futura. op.cit.* pg.70, considera que la entrega de dinero no desvirtúa la naturaleza del contrato. Este autor, entiende: “*que aunque lo habitual es que sea el cedente el que perciba dinero y pisos, también cabe la posibilidad inversa, que sea el cedente quien entregue dinero al cesionario, además del solar para que la operación sea rentable*”.

<sup>50</sup> STS, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982,2581). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia Castaño.

<sup>51</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y otros. *Contratos con finalidad traslativa de dominio. Contrato de Permuta. Cesión de solar por pisos o locales en edificio a construir.* <http://www.tirantoline.com> TOL1810039. Epígrafe 12. También se pronuncia en este sentido MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *El contrato de permuta.* pg. 359 Editorial Tecnos. Madrid 1978. ISBN 84-309-0737-8. SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *El contrato de cambio de solar por edificación futura. op. cit.* pg. 70.

<sup>52</sup> STS 1 de junio de 2005 (RJ 2005,6294). En este mismo sentido se pronuncia la STS de 19 de noviembre de 1994, Sala de lo Civil, Sentencia 1040/1994, Recurso de Casación 365/1991 (RJ

Burgos de 20 de abril de 2006,<sup>53</sup> que lo califica como un contrato atípico y complejo en atención a la diversidad de prestaciones de las partes y lo asemeja con el contrato de permuta.

La Jurisprudencia, ha utilizado varias teorías para establecer la normativa aplicable a los contratos atípicos: Teoría de la absorción, teoría de la combinación y la teoría de la analogía.

a) Teoría de la absorción: Consiste en buscar el elemento preponderante en el contrato, y si éste corresponde a un contrato típico su normativa es la que resulta aplicable en su integridad. Sin embargo, la crítica que se hace a esta teoría es que si el elemento preponderante corresponde a un contrato típico, ya no estamos en presencia de un contrato atípico. Así, la STS de 3 de junio de 1970.<sup>54</sup> Esta sentencia, aplica la normativa de la compraventa al entender que la prestación de vender es la predominante, aunque el comprador, asumiera a la vez la obligación de construir.

b) Teoría de la combinación: Corresponde desentrañar los diversos intereses preponderantes y si corresponden a varios contratos típicos, esas varias regulaciones han de ser aplicables. Sin embargo se rechaza esta teoría porque solamente estaríamos frente a dos contratos típicos que se presentan combinadamente. La STS de 30 de diciembre de 1985<sup>55</sup>

---

1994,8537), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, que en el fundamento de derecho segundo dice: *“Ahora bien, en el presente caso no nos hallamos ante un contrato de ejecución de obra en que la dueña de la obra sea deudora del precio o de parte del mismo, sino ante un contrato atípico “do ut des” de entrega de solar para construcción de un edificio a cambio de los locales o viviendas que se especifican y que la jurisprudencia considera no encajable en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque pueda asimilarse con prestación subordinada de obra subsumible por analogía en el art. 1538 del Código Civil.”*

<sup>53</sup> SAP de Burgos de 20 de abril de 2006. Sentencia 129/2006, Recurso de Apelación 57/2006. (RJ 2006,203233), Magistrado Ponente, Ilmo. Sr. D. Mauricio Muñoz Fernández.

<sup>54</sup> STS de 3 de junio de 1970. (RJ 1970,2790). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

<sup>55</sup> STS (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 1985. Sentencia 1694/1985. (RJ 1985,1694). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño, que en su Fundamento Tercero establece: *“Así mismo denunciado como infringido en el motivo tercero, de todo lo que resalta el contenido del apartado c) de la estipulación segunda del contrato según la que parte del precio se computará con la entrega de un apartamento en el edificio a construir, completado con la estipulación sexta, referente a la también entrega al vendedor en el mismo concepto, de un local destinado a depósito de utensilios de náutica; y sobre todo, es de señalar lo que prácticamente aparece en todas las cláusulas, viniendo a ser una constante del pacto, que es la finalidad perseguida por los contratantes, que no es el simple trueque de cosa por precio, sino la construcción de unos apartamentos, hasta tal punto que viene a configurarse como la verdadero causa del contrato, según se alega en el motivo segundo, cuyo concepto, como uno de*

utiliza el método de la combinación cuando califica el contrato como distinto a la compraventa pura y simple, al existir una causa distinta a la compraventa al configurarse la construcción de los apartamentos como verdadera causa del contrato. Más recientemente la STS de 2 de diciembre de 2011,<sup>56</sup> se refiere expresamente a la Teoría de la combinación.

c) Teoría de la aplicación analógica: Esta teoría considera la aplicación de la normativa de la figura típica más afín. Según DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS<sup>57</sup> esta posibilidad aparentemente sencilla, resulta bastante compleja, ya que si el contrato es atípico, es porque no encaja en ninguno de los tipos legales, y lo que se pretende es lo contrario. ALBALADEJO GARCÍA,<sup>58</sup> por su parte, opina que es forzado someter como pretende la teoría de la absorción, todo el contrato atípico, incluido el elemento discrepante del elemento típico absorbente, a lo dispuesto para éste. Pero entre las teorías de la combinación y de la aplicación analógica, no habrá diferencias cuando se concrete cual es el precepto aplicable, porque si la combinación se hace de forma no mecánica sino atendiendo a la unidad del fin económico, resultará igual que si se hubiere utilizado la teoría de la aplicación analógica.

En conclusión, tras analizar la Jurisprudencia puede decirse que ésta ha ido evolucionando hasta considerarlo actualmente un contrato atípico *do ut des*, superando posiciones, que consideraban esta figura, como un contrato típico con regulación expresa en el Código Civil, como la compraventa y la permuta, o bien como un contrato de permuta o compraventa con prestación subordinada de obra, en el que se entremezclaban prestaciones de uno y otro contrato. Ha sido decisiva la configuración de esta figura con una causa propia, en la que se aúnan prestaciones de varios contratos,

---

*los elementos esenciales del contrato (art. 1261 tercero, del Código Civil), tiene ciertamente un sentido objetivo en la definición genérica del artículo 1274."*

<sup>56</sup> STS Sala de lo Civil. Sección 1ª de 2 de diciembre de 2011. Sentencia 914/2011. Recurso de Casación 1756/2008. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2012,4520).

<sup>57</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho civil. Vol. II*. Editorial Tecnos 9ª edición. 2005. pg. 37.

<sup>58</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. 1º* Editorial Bosch. 1983. 7ª edición. pgs. 413-414.

pero no como suma sino como síntesis de prestaciones tal y como indica la STS de 2 de diciembre de 2011.

En nuestra opinión, nos encontramos ante un contrato atípico, pero para cubrir las lagunas que puedan existir cuando las partes no hayan regulado todos los extremos del contrato en virtud del principio de autonomía de la libertad ex art. 1255 del CC, y conforme al art. 4.1 se recurre a la analogía con otras figuras reguladas en el CC porque la cesión de solar es un contrato distinto y diferenciado de otros contratos típicos, y con una causa y finalidad económica distinta, pero con aspectos afines a otros contratos tipificados que contemplan situaciones similares a las que se puede plantear en la cesión de solar por obra futura. Esto no implica que puedan aplicarse automáticamente o en bloque la regulación de un contrato en su totalidad.

### **3. CALIFICACION DEL CONTRATO.**

Aunque hemos visto que es difícil concretar la naturaleza jurídica de la figura, la mayoría de la doctrina, considera que es importante para determinar la normativa aplicable.<sup>59</sup> Así, entienden que si se considera una permuta, será aplicable, en los supuestos de resolución, el art. 1504 CC, regulado en el contrato de compraventa, por remisión del art. 1541 CC, relativo a la permuta. La consecuencia de la aplicación de este artículo, ha sido una cuestión ampliamente debatido en la doctrina y Jurisprudencia, pues si se considera aplicable el art. 1504 CC, es necesario realizar el requerimiento resolutorio. A nuestro juicio, a pesar de no ser considerado obligatorio su aplicación sí es cierto, que, en caso de incumplimiento de una condición pactada expresamente, el Registro de la Propiedad viene exigiendo los mismos requisitos que para la resolución del contrato de compraventa.

---

<sup>59</sup>LÓPEZ FRÍAS, Ana. *El contrato de cesión de solar por pisos en el tráfico Jurídico*. Enero 1997. VLEX-284043 <http://vlex.com/vid/284043>. pg. 3. SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> Eugenia. *Cambio desolar por edificación futura*. Ed. Aranzadi 2010. pg. 55. Entiende esta autora, que “*aunque resulta difícil encontrar una naturaleza jurídica unitaria de este contrato, pues existen contratos que persiguen esta finalidad de cambio de solar por edificación futura, es preciso acudir al contrato en cuestión para buscar la verdadera intención de las partes contratantes. Sin embargo, es preciso estudiar pormenorizadamente esta naturaleza jurídica puesto que, de la consideración que se otorgue al contrato, encasillándola en alguna figura contractual, dependerá el tratamiento posterior de las cuestiones que se deriven de la puesta en marcha de dicho contrato*”. BLASCO GASCO, F. *Derecho de Obligaciones y Contratos*. 3<sup>a</sup> ed. 1998. <http://www.tirantonline.com> TOL10366. pg. 2.

Otros autores entienden que no es lo mismo hablar de naturaleza jurídica que de calificación, ya que cuando se estudia la calificación no se trata de una elucubración dogmática, sino de averiguar entre los diversos regímenes normativos concretos, cual es el que mejor se adecúa al supuesto de hecho concreto.<sup>60</sup> En este sentido, la calificación hecha por las partes no vincula al juez, es una cuestión interpretativa que, en principio, no cabe plantearla en casación. Sin embargo, la STS de 16 de Mayo de 2000,<sup>61</sup> considera que es posible la revisión casacional de la calificación hecha por el juzgador de instancia, cuando ésta sea ilógica o contraria a las normas legales.

Por su parte, hay que destacar por ser más reciente la STS de 8 de marzo de 2013,<sup>62</sup> en la que recogiendo la jurisprudencia anterior,<sup>63</sup> procede a calificar el contrato, como contrato de permuta de cosa futura, a pesar de que las partes contratantes, habían convenido mediante documento privado de 20 de febrero de 2001, un precontrato, en el que preveían los supuestos de celebrar en el futuro, una compraventa o una permuta. Como consecuencia de ese precontrato, posteriormente otorgan una escritura que denominan de compraventa, en la que se manifiesta que los propietarios de la finca, venden y transmiten la misma a la promotora Parqueolid Promociones S.A, por un precio en dinero, que se pagaría, mediante la entrega por la compradora a la vendedora de unas viviendas unifamiliares, pisos y locales que correspondan al doce por ciento del aprovechamiento urbanístico construido, cualquiera que fuese su valor en dicho momento, de los que se propone construir sobre la finca descrita. El Tribunal Supremo, siguiendo la calificación realizada por la Audiencia Provincial, entiende que el contrato es una permuta, puesto que no se ha pactado un precio en dinero por el solar, sino una

---

<sup>60</sup>RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El contrato de cesión de solar por obra futura*. pg. 10. TOL636.499 <http://tirantonline.com>.

<sup>61</sup> STS de 16 de mayo de 2000. Sentencia 485/2000. Recurso 1992/1995.RJ 2000,5082). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

<sup>62</sup> STS de 8 de marzo de 2013, Sala 1ª, Sentencia 166/2013, Recurso de Casación 1827/2010(2013,2286)Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en su fundamento de derecho primero dice: *"Hay que advertir que, pese a la denominación de compraventa, el contrato es de permuta, la clásica y frecuente permuta de cosa futura (análoga a la compraventa de cosa futura), tal cual lo califica la sentencia de instancia, ya que no se ha pactado un precio en dinero por la cosa transmitida (art. 1445 CC), sino una contraprestación por otra cosa (art. 1538 del CC), y debe recordarse que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son."*

<sup>63</sup> STS 16 de mayo de 2000. Sala 1ª, Sentencia 485/2000. Recurso 1992/1995. (RJ 2000,5082).Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández que dice: *"Es de señalar, con base en reiterada doctrina de esta Sala, que si bien la interpretación de los contratos, y, en general de los negocios jurídicos, y por extensión la calificación de los mismos es, en principio, función propia de los juzgadores de instancia, sin embargo el resultado exegético o calificativo por ellos obtenido puede ser sometido a revisión casacional, y debe ser rectificado cuando sea contrario a las normas legales, ilógico o claramente equivocado."*



contraprestación en otra cosa. En este sentido, recuerda, que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que sean, debiéndose estar a lo realmente pactado.

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, aunque esta Sentencia es anterior, la STS de 10 de noviembre de 2010,<sup>64</sup> en un supuesto en el que se habían otorgado dos escrituras de compraventa, celebradas en la misma fecha, por la que la propietaria de una finca, Insular textilia S.A, vendía la misma a la promotora promociones Cantelmar S.L y a su vez, mediante otra escritura de compraventa, la promotora, vendía por el mismo precio a los propietarios de la finca determinados futuros locales que construiría en dicha finca. Ante el incumplimiento de la promotora, la antigua propietaria de la finca, solicita la resolución de ambos contratos de compraventa, solicitando la restitución del solar en virtud del primer contrato de compraventa, y una indemnización de seiscientos un mil doce euros, en virtud de la cláusula penal pactada en el segundo contrato por incumplimiento de la entrega de los locales. El juzgado de 1ª Instancia, estima la demanda y resuelve ambos contratos y, ante la imposibilidad de entregar los locales objeto de la segunda compraventa, condena a la promotora a abonar a la actora el equivalente económico de las mismas. La sentencia recaída en 1ª Instancia es recurrida en apelación, resolviendo la Audiencia, en el sentido de resolver por incumplimiento el segundo contrato relativo a la compra de los locales futuros, y condena a la promotora, al pago en euros, de 40.000.000 millones de pesetas, que corresponde a la diferencia entre la cifra del aval bancario que fue ejecutado y la cláusula penal. Ambas partes presentaron recurso contra la sentencia, y el Alto Tribunal, entiende, en este caso, que no existen dos compraventas, sino que respondiendo a la

---

<sup>64</sup> TS de 10 de noviembre de 2010, Sala 1ª, Sentencia 675/2010, Recurso de Casación 456/2007, (RJ 2010,9156), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en su fundamento de derecho segundo establece: *“Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala sobre esta cuestión, de la que dice que “los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes. En el contrato de autos, de la misma fecha, celebrados uno a continuación del otro, se vende una finca por un precio y la otra parte le vende los futuros locales (que construirá) por el mismo precio. Por más que así lo denominen no son dos compraventas, sino que con una causa única es una permuta que, como tal, se descompone en dos compraventas: una parte se obliga a transmitir (como si se vendiera) una cosa, a cambio de que la otra parte se obliga a transmitir (a venderle por el mismo precio), otra cosa. Esto es lo sucedido aquí, dándose el concepto que define el art. 1538 del CC, con la especialidad de que se trata de una permuta de cosa futura; se permuta una finca a cambio de determinados elementos del edificio a construir en un plazo concreto...”*. En su fundamento de derecho tercero continúa diciendo: *“La calificación hecha por la sentencia recurrida de que se trata de dos contratos de compraventa es errónea. No hay dos contratos, hay uno solo con causa única: el cambio de cosa por cosa futura; no hay precio, hay cambio. Siendo la causa, en un sentido objetivo que se desprende del artículo 1274 CC la función económico social del negocio jurídico, entre las partes del caso presente y se produjo el cambio de una finca por los locales de construcción futura. La sentencia mantiene la vigencia de una compraventa que nunca lo fue y resuelve otra que nunca existió como tal, por ello debe estimarse este primer motivo de casación.”*

intención de los contratantes, y atendiendo a la finalidad económica de la operación existe una causa única por lo que lo califica como *contrato de permuta de cosa futura*. Rectifica de esta manera, la calificación de la Audiencia y del Juzgado de 1ª Instancia, que habían considerado la existencia de *dos contratos de compraventa*.

Sin embargo, más recientemente la STS de 29 de abril de 2013,<sup>65</sup> y en un supuesto similar, en el que los propietarios de un inmueble vendían mediante escritura pública a la Sociedad Simetría Inversiones Inmobiliarias, S.L, cada uno de ellos, su cuota de propiedad. El precio pactado para la venta del 11,18%, propiedad del Sr. Lázaro, uno de los comuneros, fue de 324.547 euros, cuyo pago quedaba íntegramente aplazado hasta el 30 de Noviembre de 2006. El mismo día se suscribió una escritura pública que instrumentalizaba el préstamo concedido por Caixa d'Estalvis del Penedés, conjuntamente al copropietario vendedor del 11,18% y a Simetría, por un importe de 1.300.000 euros, en garantía del cual se constituyó una hipoteca sobre la finca objeto del contrato. También en esa misma fecha, se otorgó un contrato privado por el que el Sr. Lázaro, encargaba a Simetría la ejecución de las obras de los dos inmuebles que le correspondían, del conjunto de la construcción que se iba a realizar en la parcela, por un precio de 366.547 euros.

Posteriormente, el 2 de marzo de 2006, se otorgó la escritura de obra nueva en construcción, con la extinción del proindiviso y realizándose división horizontal de la finca, por la que le correspondían a Lázaro dos viviendas con sus correspondientes plazas de parking y trasteros, y el resto a Simetría. La hipoteca original que gravaba el inmueble se sustituyó por una serie de hipotecas, cada una de las cuales gravaban cada una de las viviendas. Por otro lado, la fecha convenida para el pago del precio del 11,18% (324.547 euros) era el 30 de noviembre de 2006, que coincidía con el término convenido para la entrega de las dos viviendas construidas y para el pago del precio de las obras (366.547 euros). Llegada la fecha convenida para la entrega la obra no estaba terminada y se prorrogó el término de la entrega hasta el 31 de Julio de 2007. El copropietario Lázaro reclama en su demanda el importe correspondiente al precio convenido por la venta de su cuota del 11,18%.

---

<sup>65</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 29 de abril de 2013, Recurso de Casación 2055/ 2010, Sentencia 364/2013, (RJ 2013, 2494). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

En primera instancia, el Juez desestima la demanda, entendiendo que bajo la apariencia de una compraventa, las partes convinieron una permuta, de tal forma que el precio de la venta de la participación indivisa (324.547 euros), debía compensarse con el precio debido por la construcción de dos viviendas y anexos (366.547 euros). Y por ello se convino que fueran exigibles al mismo tiempo. De este modo era el actor el que debía abonar la diferencia (42.000 euros). El copropietario Lázaro, recurre en apelación, y la Audiencia Provincial, estima parcialmente la demanda al calificar el contrato, no como una permuta, sino como una compraventa, en el que se basaba la reclamación y que conforme al mismo, se había pactado un precio de compra por la participación indivisa de 11,18% que no constaba pagada, a pesar de haberse cumplido el término pactado, por lo que condena a la empresa inmobiliaria. Simetría recurre en casación ante el TS, alegando la infracción de los artículos 1538 y 1281 del CC.

El Alto Tribunal desestima el recurso, porque entiende que la recurrente se limita a cuestionar la interpretación de la Audiencia Provincial, que no aprecia la existencia de una permuta, añadiendo que la calificación del contrato corresponde a los tribunales de instancia, sin que el resultado de esa labor técnica pueda ser controlado en casación, salvo que resulte manifiestamente errónea.

En nuestra opinión, consideramos que en este supuesto el Tribunal Supremo realiza la calificación del contrato, desde un punto de vista de justicia material, y conforme al supuesto concreto planteado. Por tanto, nos podemos encontrar en sentencias más o menos recientes, resoluciones dispares como éstas comentadas, en las que unas veces se califica de permuta y otras de compraventa. Consideramos que en este caso, nos encontramos ante un supuesto de permuta, tal y como lo entendió el Juzgado de 1ª Instancia, si nos atenemos al relato de los hechos y a la intención de las partes.

#### **4. CONCEPTO, MODALIDADES Y CARACTERES DEL CONTRATO ATÍPICO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA.**

##### **4.1 El contrato atípico: concepto**

Los contratos atípicos, son consecuencia del desarrollo de la sociedad y de la economía, que introduce nuevas formas de contratación desconocidas hasta entonces, ante la necesidad de regular situaciones nuevas, y se van conformando por el acuerdo de las partes contratantes. En este sentido, son el máximo exponente del principio de autonomía privada,<sup>66</sup> pues no se encuentran regulados en el CC ni en ninguna otra ley especial,<sup>67</sup> y sin embargo su existencia está amparada por los arts. 1255 y 1091 del CC. Así se pronuncia también la SAP de Alicante de 16 de febrero de 2006, que establece la plena validez del contrato, pactado al amparo del principio de autonomía de la voluntad, calificándolo además como fuente de derechos y obligaciones recíprocos.<sup>68</sup>

El contrato atípico, ha sido definido por la doctrina, en sentido negativo, como aquel que no tiene regulación específica. Sin embargo, siguiendo a CHULIÁ

---

<sup>66</sup>VERDUGO BRAVO, Ismael Eduardo. “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos” *Ars Boni et Aequi*. núm. 4, año 2008, pg. 102 “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos”. Entiende este autor que es más precisa al objeto la denominación de autonomía privada que la de autonomía de la voluntad. Porque al utilizar la expresión autonomía de la voluntad, se pone énfasis en el propio querer del sujeto, que podrá ser jurídico o bien no serlo. Sin embargo, la expresión autonomía privada pone énfasis en la facultad otorgada por el orden jurídico de que el sujeto se dé una norma jurídica que regule sus relaciones de derecho”.

<sup>67</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO Rodrigo. Introducción al Derecho de Contratos.TOL1.799.158 <http://www.tirantonline.com>. pg. 2. Entiende este autor que “La pluralidad legislativa en materia de Derecho Civil, derivada del art. 149.1.8 CE, de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que han asumido competencia para legislar sobre su respectivo Derecho civil, foral o especial, y del desarrollo que algunos legisladores autonómicos han dado a esa competencia, permite afirmar que determinados contratos son típicos con respecto a alguna de esas legislaciones civiles, forales o especial, mientras que no lo son para los demás Derechos civiles, forales o especiales, ni para el Derecho Civil común.”

<sup>68</sup> SAP de Alicante, (Sección 6ª), de 16 de febrero de 2006, Recurso de Apelación 468/2005 Sentencia 78/2006 (RJ 2006,243687). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva, que en su fundamento de derecho cuarto dice: “Una modalidad del contrato de permuta frecuente en la actualidad es lo que se denomina “cesión de solar por locales o pisos a construir”. La STS de 24 de Octubre de 1983 (RJ 1983,5340), nos indica que el negocio de cesión de solar por pisos o locales en el edificio a construir es calificado por la jurisprudencia de contrato atípico “do ut des”, no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque presente notas que le aproximan al contrato de permuta, e incluso subsumible por analogía dentro de los términos del art. 1538 CC, aunque uno de los bienes de intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse, por lo que se tratará de una prestación de cosa futura que se corresponde con otra presente. Este contrato reúne los requisitos del art. 1261 y es por ello constitutivo de un vínculo obligatorio perfecto y válido, que genera recíprocos derechos y obligaciones conforme al propio contenido voluntariamente estructurado-artículo 1255 del CC-por lo que no hay una necesidad de una interpretación conforme a normas dogmáticas y preconstituidas en los tipos contractuales tipificados en las Leyes, al no resultar obligado, el actuar conforme parámetros de semejanza, bastará con que el intérprete y el Juzgador se atengan a lo estipulado, si ello es lícito, conforme al art. 1255 y sancione ex officio iudex sus naturales consecuencias (art. 1258) sin perder de vista que las obligaciones bilaterales o recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: genérico en cuanto a una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional, con el que se expresa precisamente la señalada interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tiene entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual.”

VICENT,<sup>69</sup> pueden definirse como aquellos que no estando definidos por la legislación positiva están reconocidos por la realidad social y en ocasiones por leyes especiales, basándose en la libertad contractual, y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por su afinidad con otros contratos típicos, por los principios generales de las obligaciones y contratos y subsidiariamente por los principios generales del Derecho.

La doctrina atendiendo al grado de atipicidad,<sup>70</sup> distingue entre varias categorías de contratos atípicos. Por un lado, aquellos que están compuestos por elementos típicos y atípicos, que son los denominados contratos mixtos o complejos, y por otro, los totalmente atípicos por no coincidir con ninguno de los regulados legalmente.

La Jurisprudencia, también ha admitido la existencia de los contratos complejos destacando entre la más reciente la STS de 21 de Junio de 2012.<sup>71</sup> Por su parte, la STS de 26 de Abril de 2007, en un supuesto de cesión de solar por obra futura lo califica como contrato mixto o complejo.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> CHULIÁ VICENT, Eduardo. BELTRÁN ALANDETE, Teresa. Contratos Atípicos. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/contratos-atipicos-248593>. pg.2.

<sup>70</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho De Obligaciones*. Tomo IV. pg. 17, Reus S.A. 10ª edición. Madrid 1998

<sup>71</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª. Sentencia 389/ 2012 de 21 de junio. Recurso de Casación núm. 2069/2009, (RJ 2012.6859). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que en su fundamento de derecho cuarto dice: “Esta sala ha tratado la cuestión de los llamados contratos complejos, entre otras, en sentencia 957/2006 de 6 de Octubre (R/J 2007, 701), que se remite a otra anterior de 19 de Mayo de 1982, según la cual y como consecuencia de la autonomía privada que consagra el art. 1255 del CC. en cuanto permite a los contratantes, siempre que se respeten el triple límite que en el mismo se establece, la creación de tipos distintos de los previstos en la Ley, para cubrir las cambiantes necesidades económicas, generalmente utilizando los elementos de contratos regulados por ésta, mediante fusión o simple unión de los mismos como sucede en el caso contemplado, que unas veces son simplemente atípicos, bien con propio nombre, bien manteniendo los de los que se unen o fusionan, pero siempre produciéndose una síntesis unitaria; y otras veces son además innominados por carecer de nominación propia y regulación aplicable por carencia de precedentes, de los cuales los primeros son llamados complejos o mixtos, término este utilizado por la doctrina alemana e italiana *Gemischte Verträge*, *Contrittimistide* lo que en España se hizo eco no sólo la doctrina científica, sino también la jurisprudencial.”

<sup>72</sup> STS Sala 1º de 26 de abril de 2007. Sentencia 456/2007. (RJ 2007,2393). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta que en su Fundamento de Derecho 3º dice: “Analizando los contratos, cuya naturaleza se discute, se observa que han sido correctamente calificados en la sentencia recurrida, a la vista del conjunto de la prueba practicada, y especialmente de los documentos en que se incorporó la voluntad de los contratantes. En primer lugar, como los términos del contrato están claros y no dejan lugar a dudas sobre cual fue la verdadera intención de los contratantes, ésta es la decisiva para calificar y no el nombre que se haya usado. Por tanto, aunque se le llame permuta en el instrumento público, lo relevante para calificar dicho contrato, como mixto o complejo, distinto del contrato de permuta, es que en las estipulaciones contractuales se ha querido desvincular la cesión del solar a la entidad Prosasol S.L, la cual tiene lugar en el acto de la firma de la escritura de 19 de Enero de 1994, con efectos traslativos de la propiedad a favor de la citada mercantil, del derecho personal que ostentan los cedentes del terreno sobre las edificaciones, que están pendientes de construir, por lo que la entrega de la contraprestación consistente en la entre de dos pisos y una plaza de aparcamiento, no puede tener lugar hasta que efectivamente la adquirente del solar cumpla con el compromiso asumido de edificar”.

Por tanto, el régimen jurídico por el que las partes regirán sus relaciones lo constituyen: las normas imperativas y de orden público que disciplinan los contratos, art. 1261 CC, que recoge los elementos esenciales del contrato y el art. 1255 del CC, relativo a sus límites y a los impuestos por leyes o disposiciones de carácter imperativo; por los acuerdos lícitos de las partes contratantes; en defecto de pacto, por las normas dispositivas de las figuras legales más afines <sup>73</sup>, por lo que se aplicaran los artículos que sean compatibles de la permuta y la compraventa,<sup>74</sup> y por las generales de contratación; y por último por la costumbre, los Principios Generales del Derecho, y las decisiones judiciales.<sup>75</sup> En este sentido, es indudable que el contrato de cesión de solar es conformado por vía jurisprudencial, producto de la interpretación que realizan los tribunales de los litigios que conocen, estructurándose así, la nueva forma contractual.<sup>76</sup> Sin embargo, parte de la doctrina <sup>77</sup>considera, que los criterios anteriores sólo deben

---

<sup>73</sup> VERDUGO BRAVO, Ismael Eduardo. “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos” *op.cit.* Pág. 108, entiende que: “Finalmente el contrato atípico resulta regido por la analogía. Ello sólo si es necesario por insuficiencia de la normativa auto otorgada por las partes, en cuyo caso debemos recurrir a la figura contractual que más se asemeje al contrato atípico. En otros términos, de no poderse resolver el conflicto sobre la base de la metodología precedente se deberá recurrir a lo previsto en las normas específicas de los contratos tipos afines que sean compatibles con la finalidad y economía del negocio para su aplicación analógica.”

Así se pronuncia la STS, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 1982, (RJ 1982,2581). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño, que en relación a la aplicación analógica dice en su considerando cuarto: “Que el problema del contrato mixto no es, pues el de su admisión, sino el de su regulación, siendo conocidas al respecto, las tres direcciones doctrinales, que iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y en España: en primer lugar, la de la absorción y prevalencia, en segundo término, la de la combinación, y finalmente una ecléctica, siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas volviendo al viejo principio de la analogía, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo de la solución, en última instancia de lo que decida, con su prudente arbitrio la autoridad judicial.”

<sup>74</sup> SERRANO CHAMORO, M<sup>a</sup> Eugenia. *Cambio de solar por edificación futura. op. cit.* pg. 103. En este mismo sentido se pronuncia también, RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra. op. cit.* pg. 18. También la SAP de Palma de Mallorca, Sección 5<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2010, Recurso de Apelación 615/2009, Sentencia 122/2010. (RJ 779,2010) Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló, que viene a establecer en su fundamento de derecho segundo, el régimen jurídico aplicable cuando dice: “Es un contrato, principal consensual, bilateral y oneroso y traslativo de dominio, al que le son aplicables como supletorias las disposiciones concernientes a la venta (art. 1541 CC), como las obligaciones de entregar y de saneamiento de las cosas permutadas, que deben ponerse en poder y posesión de la otra parte, en el caso do ut des, análogo a la permuta”.

<sup>75</sup> SILLERO CROVETTO, Blanca; GARCIA ALGUACIL, M<sup>a</sup> José. El contrato de cesión de solar a cambio de obra a construir y el principio iura novit curia” en Estudios en Homenaje a la profesora Teresa Puente. *op. cit.* pg.362.

Sin embargo, RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra. op. cit.* pg. 18, entiende que la doctrina científica y la jurisprudencia no son fuentes reguladoras de este contrato, aunque pueden servirle de orientación.

<sup>76</sup> VERDUGO BRAVO, Ismael Eduardo. “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos”. *op cit.* pg. 108.

<sup>77</sup> CHULIÁ VINCENT, Eduardo; BELTRÁN ALANDETE, Teresa. Citando a PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Contratos atípicos. *op. cit.* pg. 3.

imponerse, allí donde no alcance la interpretación de la voluntad de las partes, contenida en el contrato.

Es muy difícil, dar un concepto unitario del contrato de cesión de solar por obra, porque no se puede dar una respuesta única, al abanico de posibilidades que pueden configurarse de este contrato,<sup>78</sup> en virtud de la libertad de pactos y del principio de autonomía privada. Precisamente ante la falta de regulación de este contrato y que las partes podrán configurar su relación jurídica libremente, conforme a los pactos que determinen, adquiere gran importancia, el conocimiento de la intención de las partes, es decir el requisito de la llamada “causa impulsiva”<sup>79</sup> del negocio pues generalmente los contratantes, podrán dotar en el contrato de trascendencia jurídica aquellos motivos que les impulsen a contratar. Para ello, tienen que concurrir la oferta y la aceptación, siempre que esta intención negocial tenga la protección jurídica que aportan las leyes. Esta intención común es equivalente a la “intención evidente” a que se refiere el art. 1281 del CC.<sup>80</sup>

Así, RUDA GONZÁLEZ,<sup>81</sup> establece dos conceptos; un concepto en sentido amplio, y define la cesión de suelo por obra como aquel contrato en virtud del cual una

---

<sup>78</sup> BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. 3ª edición. 1998. “La permuta en el Código Civil: concepto.” <http://www.tirantonline.com/tol10366>. pg. 2.

<sup>79</sup> STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel. “Acerca de la causa impulsiva en la formación y cumplimiento de los contratos”. *Diario La Ley*. 1986. Tomo I. Editorial La Ley. La Ley 18843/2001 pg.5/18. Dice este autor: “La teoría ecléctica de la causa viene, pues, a tomar en cuenta tanto el fin típico como el móvil específico en cuya consideración se formó el contrato; móvil que sin ser identificados con aquellos deseos remotos y subjetivos de los contratantes, tiene particular relevancia en la configuración de las promesas. Este tertium genus entre función y motivos, ha sido construido por la doctrina italiana bajo la denominación de l'intento contrattuale o simplemente l'intento, que supone el reconocimiento, por parte de la teoría típico-formalista de la causa, de la relevancia de otros motivos como causa del negocio, llegándose a criticar la formulación extrema de la causa como función y matizarla diciendo que la causa no ha de entenderse como una función social típica, sino en relación con el resultado específico perseguido con el negocio singular concreto. De ahí su nombre de causa impulsiva o determinante como sinónimo de propósito negocial concreto y relevante que el ordenamiento jurídico protege, de modo que la causa reside en la utilidad social (fin objetivo) como en el interés particular(fin subjetivo) de la obligación o lo que es lo mismo, la causa objetivamente, es la finalidad práctica o función que el ordenamiento jurídico tutela y subjetivamente, la común intención de las partes de alcanzar esa finalidad.”

<sup>80</sup> STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel. “Acerca de la causa impulsiva en la formación y cumplimiento de los contratos”. *Diario La Ley*, 1986, Tomo 1. Editorial La Ley. La Ley 18843/2001. pg 6/18.

<sup>81</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. *op. cit.* pg. 7. También MUÑOZ ESPADA, Esther; AVILÉS GARCIA, Javier, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo; COSTAL RODAL, Lucía. GARCIA GARNICA, María del Carmen; MORALES IMBERNON, Nieves; RUBIO GARRIDO, Tomás. *Contratos con finalidad traslativa de dominio*. Epígrafe 12. CONTRATO DE PERMUTA. pg.1. [http://www.tirantonline.com TOL1810039](http://www.tirantonline.com/TOL1810039), lo definen como “es el contrato en virtud del cual, el propietario de un solar edificable o edificación a demoler, lo transmite la promotor o

parte cede a otra un derecho sobre uno o varios solares, derecho que como mínimo le faculta para construir, eventualmente derribar la edificación existente y en todo caso hacer suya de inmediato o previa entrega por la primera parte, una parte o la totalidad de la obra que se obliga a realizar sobre el mismo solar u otro distinto. La parte adquirente se obliga, a su vez, a entregar, en el mismo momento o en otro posterior, parte de la obra y eventualmente una parte de dinero a la otra. En sentido estricto, la cesión de solar por obra consiste en aquel contrato en virtud del cual una persona se obliga a ceder a la otra un derecho de propiedad sobre un solar, a cambio de que ésta construya sobre el mismo cediendo a la primera parte de la obra. Es lo que la doctrina denomina tipo básico del contrato<sup>82</sup>, al ser el más utilizado, y el que mejor responde a los intereses sobre todo de los cesionarios pues pueden financiar la obra mediante la obtención de créditos.

Por su parte, la Jurisprudencia <sup>83</sup>lo ha definido de forma más compacta como aquel por el que el cedente transmite la propiedad-salvo reserva de dominio-del solar al constructor a cambio, de uno o varios pisos o locales, que serán parte del futuro edificio que éste ha de construir sobre el terreno en cuestión, bien de un porcentaje sobre lo edificado o sobre los beneficios de venta de lo construido.

Esta definición, acoge además del tipo básico, otras modalidades de este contrato, como la participación porcentual indivisa en el edificio, la participación en beneficios, la cesión de edificabilidad.

En resumen, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad, podemos definir que el contrato de cesión de solar por obra futura, es aquel por el que el propietario de un solar, el cedente, entrega a la otra parte, llamada cesionario, bien en propiedad o sólo la posesión, de la totalidad del solar o una cuota del mismo, la edificabilidad o los derechos urbanísticos, para que edifique sobre el mismo, a cambio de la entrega al cedente de uno o varios inmuebles en el edificio a construir, pudiendo completarse ambas prestaciones con la entrega de dinero sin desvirtuar por ello la esencia del contrato. Esta definición tan amplia, probablemente, no recoja la multitud de posibilidades que pueden configurar este contrato, no solo por la imposibilidad de

---

*constructor, obteniendo como contraprestación determinados pisos o locales, de entre aquellos que el promotor o constructor proyecta construir sobre el solar adquirido”.*

<sup>82</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo y Otros. *Contratos con finalidad traslativa de dominio. op. cit.* pg. 3.

<sup>83</sup> SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 30 de mayo de 2010. Recurso de apelación 615/2009. Sentencia 122/2010. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló (RJ 779,2010).



concentrar los pactos a que puedan llegar las partes, sino también por la propia evolución del derecho inmobiliario y de los nuevos conceptos que en virtud del mismo van surgiendo.

#### **4.2 Análisis de diversas cuestiones: La transmisión de la propiedad del solar inicialmente. ¿es un presupuesto del contrato de cesión de finca?**

En relación con el concepto, se ha puesto en cuestión si es necesaria la transmisión del solar en el momento de la formalización del contrato. En este sentido, el propio concepto jurisprudencial, establece la no obligatoriedad, ya que permite la reserva de dominio, pero considera ésta como una excepción.

Sin embargo, la STS de 16 de noviembre de 1994,<sup>84</sup> entiende que la transmisión de la propiedad del solar al principio no es esencial, y considera que la transmisión del solar y la entrega de lo construido, como prestaciones recíprocas y principales han de ser de cumplimiento simultáneo. Establece como obligatoria la entrega material de la posesión para que el cesionario pueda construir lo proyectado y cumplir su obligación,

Sin embargo, el Alto Tribunal<sup>85</sup> en la mayor parte de sus Sentencias, define el contrato como aquel en que se produce la transmisión del solar, salvo reserva de dominio por parte del cedente. Es más, en ocasiones, precisamente resalta como nota destacada de este contrato, el intercambio de una cosa presente por otra futura, y la falta de simultaneidad de las prestaciones.

---

<sup>84</sup>STS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 1994. Recurso de Casación 1336/1991, Sentencia 1035/1994. (RJ 7400,1994). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros en su fundamento de derecho quinto recoge: *“En esta clase de permutas, efectivamente es obligación de uno de los permutantes la entrega material de la posesión para que el otro pueda construir lo proyectado y cumplir su obligación, pero no la transmisión de la propiedad del solar si así no se acuerda. Esta permuta origina obligaciones de cumplimiento simultáneo, como todas las recíprocas, salvo que una parte adelante su prestación. No ha existido en los contratos que ligán a las partes una convención de tal género y las negociaciones posteriores para establecerlas fracasaron.”* En este mismo sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 1994, Sentencia 1088/1994, (RJ 17947,1994). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

<sup>85</sup> STS, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 1989, Sentencia 537/1989, (RJ 1989,5400). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez, que en su fundamento de derecho segundo dice: *“...en la que uno de los permutantes transmite al otro-salvo pacto de reserva de dominio- la propiedad de un solar edificable de que es dueño, mientras que el segundo, constructor o empresario de la construcción asume la obligación de entregar a aquel locales o pisos del edificio, que se compromete a construir sobre dicho solar.”* Este mismo concepto se recoge en la SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 30 de marzo de 2010, Recurso de Apelación 615/2009. Sentencia 122/2010. (RJ 779,2010). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló.

La doctrina<sup>86</sup> por su parte considera que la consecuencia natural del contrato es la transmisión del solar con carácter previo a la construcción de los pisos, pues aunque nos encontremos ante obligaciones sinalagmáticas, de la propia naturaleza del contrato y de la finalidad del negocio, se impone que se realice primero la prestación derivada de la transmisión del solar, como cosa presente, y después, la entrega de los pisos. Otros autores, consideran que la transmisión inmediata de la propiedad del aportante-cedente al cesionario, en virtud de escritura pública, por el que se cede este dominio a cambio de pisos a construir es un rasgo distintivo de este tipo de contrato, porque la adquisición de la propiedad resulta trascendental a la hora de comenzar la construcción, sobre todo a los efectos de la obtención del crédito hipotecario, por lo que el pacto de reserva de dominio a favor del cedente difícilmente puede darse en esta modalidad de negocio. Otros, lo consideran como la obligación principal del cedente.<sup>87</sup>

Nosotros opinamos, que la transmisión del solar, se producirá siempre en el tipo básico del contrato, pues de ahí deriva el uso habitual de esta forma de contratación. Sin embargo, en los supuestos de transmisión de una parte del solar reservándose el cedente una cuota del mismo, obviamente no habrá transmisión de la totalidad del solar, aunque sigamos en el ámbito del contrato de cesión. Por tanto puede decirse, que la transmisión de la propiedad del solar al inicio, se circunscribe al ámbito del tipo básico del contrato.

Y precisamente es la no realización simultánea de las prestaciones, lo que coloca al cedente en una situación de debilidad, creando la mayoría de los conflictos entre las partes, sobre todo en caso de incumplimiento por parte del cesionario, sin mencionar las numerosas cuestiones planteadas, en relación a la adquisición de la propiedad de los inmuebles futuros por parte de los cedentes del suelo.

---

<sup>86</sup>LÓPEZ FRÍAS, Ana. *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos* (Enero 1997). "La cesión de solar al constructor". <http://vlex.com/vid/284044>. pg. 4. Entiende esta autora, que "en determinados casos puede suceder que no se produzca la transmisión inmediata del dominio de la finca sin que ello desnaturalice la permuta de solar por pisos. Así ocurre:

- cuando el contrato se celebra en documento privado y el constructor, no entra en posesión del solar.
- cuando celebrado el contrato en escritura pública, se hace constar que ésta no equivale a la traditio y tampoco se produce la entrega material del solar.
- cuando las partes acuerdan expresamente diferir para un momento posterior la transmisión del dominio de la finca supeditándola al cumplimiento de cierta obligación."

<sup>87</sup> ZURITA MARTIN, Isabel. "Protección Jurídica del Aportante del solar: su nueva proyección". *op. cit.* pg. 1887. ARNAU MOYA, Federico. "La transmisión de la propiedad en el contrato de cesión por obra futura" *Actualidad Civil* núm. 6. Marzo 2006 *op.cit.* pg. 221. Considera que "La principal obligación que asume el cedente es la cesión de la propiedad de solar al empresario de la construcción; lo que por lo general tiene lugar a través del contrato de permuta."

#### **4.3 Modalidades del contrato de cesión de finca.**

Entendemos que la clasificación básica consiste en diferenciar entre cesión total o parcial del suelo o de la edificabilidad del mismo, y a partir de ahí pueden hacerse diversas variaciones en función de cómo se configuren las prestaciones de las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1255 del CC. De esta manera, podemos clasificar las modalidades de la siguiente forma:

##### **1. Cesión total del solar o de la edificabilidad.**

El supuesto de la cesión total del solar, es lo que la doctrina denomina tipo básico del contrato, por ser el más utilizado en este tipo de operaciones, y lo es por las ventajas que representan para ambas partes, tales como la adquisición de la propiedad del solar por el promotor, su posibilidad de obtener financiación para la promoción de la obra, y también para el cesionario, porque se desentiende totalmente del proceso edificatorio, recibiendo al final los inmuebles pactados. Por este motivo, también es la modalidad que más problemas plantea, dada la no simultaneidad de las prestaciones de ambas partes.

Dentro de la modalidad de cesión total de solar se contempla el supuesto en el que el cedente pacta recibir los inmuebles en otra finca del promotor cesionario. Este supuesto está contemplado en el art. 2 de la LCF de Cataluña. No obstante, la construcción en nuestra opinión siempre tiene que ser futura, pues si la entrega es de un piso ya construido, entendemos que estaríamos ante un contrato de permuta típico.

El segundo supuesto, el de la cesión total de la edificabilidad reservándose el cesionario la propiedad del suelo, es en principio más ventajoso para el cesionario, por generarle más seguridad, ya que no se desprende de la titularidad del solar. En estos casos, la cesión de edificabilidad, se puede realizar mediante la constitución de un derecho de vuelo. Sin embargo, en este supuesto la doctrina,<sup>88</sup> se encuentra dividida, en el sentido de no considerar el derecho de vuelo, como una modalidad de cesión de solar por obra futura, sino como una alternativa, como figura afín, por las que se pueden obtener los mismos resultados.

---

<sup>88</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. *op. cit.* pg. 3

También dentro de este supuesto, pueden encuadrarse las cesiones de suelo o de su aprovechamiento urbanístico, a cambio de inmuebles futuros. Esta modalidad es habitual en los desarrollos urbanísticos, en los que los propietarios de terrenos, generalmente particulares, no pueden acometerlo por sí mismos, por lo cual ceden su suelo o el aprovechamiento urbanístico a las promotoras a cambio de la entrega de inmuebles.

## **2. Cesión parcial del solar o de la edificabilidad**

Esta modalidad consiste en la cesión por el propietario solamente de parte de la propiedad del solar o de la edificabilidad conservando la propiedad sobre el resto, y formando una comunidad sobre el solar con el propietario.

## **3. La rehabilitación de edificios antiguos a cambio de inmuebles**

Esta tercera variedad, se contempla en la LCF de Cataluña, y constituye, una posibilidad de rehabilitación de fincas en núcleos urbanos consolidados,<sup>89</sup> a cambio de recibir el cesionario inmuebles en dicha finca.

Sobre esta clasificación general, pueden darse tantas variantes como los contratantes quieran, en virtud del art. 1255 del CC. Así pueden distinguirse las siguientes:<sup>90</sup>

1. Cesión de solar a cambio de dinero como parte de la contraprestación. El cedente además de inmuebles recibe también dinero, es una contraprestación de carácter mixto, que no desvirtúa la naturaleza del contrato.<sup>91</sup>
2. Cesión de solar a cambio de un porcentaje de lo efectivamente construido. En este caso, el cedente recibe una parte de lo realmente construido, que resulta ventajoso para él, ya que obtiene más obra si se produce un aumento de la misma. Es propio de supuestos en los que por diversos motivos se desconoce la edificabilidad total de la finca, y la prestación del cedente variará en función de esa variable, estableciéndose como forma de determinar la prestación un tanto por ciento del total de la edificación reconocida al inmueble por la normativa

---

<sup>89</sup> Con la expresión núcleos urbanos consolidados, me refiero a zonas que están urbanizadas, con todos los servicios de alcantarillado, electricidad y agua, totalmente edificada y habitada, y con pocas posibilidades de su expansión horizontal.

<sup>90</sup> ARNAU MOYA, Federico. "Incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra". *RDPat. op.cit.* pg. 217.

<sup>91</sup> SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *El contrato de cambio de solar por edificación futura .op cit.* pg. 70.

urbanística. Sin embargo, puede a su vez tener el inconveniente en cuanto a su posible responsabilidad como promotor de la construcción.

3. Cesión de solar a cambio de porcentajes en los beneficios por la venta de pisos. En esta variante, la prestación consiste en la entrega al cedente de parte del dinero obtenido con la venta de los pisos. Pese a ello, la doctrina<sup>92</sup> lo considera como cesión de solar por obra futura, porque inciden o subrayan el intercambio del solar para que le promotor construya sobre él. Sin embargo la jurisprudencia, lo considera un contrato de sociedad. Así sucede en la SAP de Barcelona de 19 de enero de 2012.<sup>93</sup> Me adhiero a esta última opinión, puesto que el fin último de la operación es la obtención de un rendimiento económico, más allá de la idea de intercambio de suelo por inmuebles. Se aleja de la causa del contrato o finalidad económica de la cesión de solar por obra futura. En este caso el cedente aporta el suelo y el promotor el dinero para la construcción, con el fin de obtener un beneficio procedente de las ventas, introduciéndose de esta manera el cedente dentro de la propia actividad económica de compraventa.

De todo lo anterior, puede concluirse, que el concepto del contrato de cesión de solar por obra futura, es un concepto amplio, pues acorde con el principio de autonomía de la voluntad, permite que las partes puedan constituir su relación jurídica como deseen, en función de sus criterios y necesidades. Sin embargo, en todas ellas, debe prevalecer a mi juicio la función de intercambio por construcción, con independencia de si el intercambio consiste en suelo o edificabilidad. La figura se inició, con un carácter

---

<sup>92</sup> ALVAREZ MORENO, M<sup>a</sup> Teresa. “La cesión de solar por pisos o locales en edificio construido”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol. I. Parte Estudio. Editorial Aranzadi. Pamplona 1995. pg. 91

<sup>93</sup> SAP de Barcelona (Sección 11<sup>a</sup>) de 19 de enero de 2012. Sentencia 9/2012. Recurso 11/2011. (RJ 2012,453) . Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José María Bachs Estany que en su fundamento de derecho 3º dice: “Sino que responde a una operación a caballo entre lo societario(no es permuta de suelo por futura edificación por cuanto la hoy actora no se prevé que acabe percibiendo el todo o parte de su interés en pisos o locales o plazas de aparcamiento resultantes de la obra y porque, además, corre con ciertos riesgos de la promoción) irregular-más próxima a una comandita que a cualquier otra fórmula societaria, por cuanto no hay un verdadero fondo común a todos-y un contrato de cuentas de participación-al que se le aproxima que es la sociedad demandada la que se hace dueña del inmueble y del que le separa que la aportación típica del participante en cuentas es esencialmente dineraria-, en la que el interés de la hoy actora se determina en el beneficio neto resultante de la operación de promoción inmobiliaria (50% del valor de la venta de la obra resultante, menos el importe de los gastos y disposiciones de la hipoteca y honorarios del intermediario), con lo cual ambas partes están a las resultas del negocio sin afrontar los gastos notariales, registrales y fiscales ni las formalidades de constituirse formalmente en sociedad, hacer aportación inmobiliaria a la misma, liquidar la sociedad y repartir dividendos. En cuyo negocio, la parte hoy demandada afronta todos los riesgos propios de la promoción (licencias, costes de contratistas y subcontratistas, impuestos, publicidad, gestión de la venta de los departamentos resultantes, etc) y la demandante participa en los términos pactados en ese contrato privado”

básico, consistente en lo más obvio, que es el intercambio de solar por obra futura. El desarrollo económico y la influencia urbanística, han hecho que este contrato evolucione hasta supuestos más técnicos y elaborados, sin que por ello, el contrato pierda su esencia. Ciertamente, el llamado tipo básico del contrato, es el de más frecuente utilización, y el que más problemas plantea por la transmisión previa del solar al promotor. Tras la crisis económico financiera y la gran cantidad de inmuebles vacíos de nueva construcción consideramos que la figura puede ir hacia otros derroteros, y por la vía de los pactos conforme al art. 1255 del CC, puede desarrollarse concretando nuevas posibilidades que ahora no podemos imaginar.

#### **4.4 Caracteres del contrato**

Tanto la doctrina en general<sup>94</sup> como la Jurisprudencia en su totalidad, considera que el contrato de cesión de solar por obra futura, es un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y transmisivo de dominio.

- a. Consensual: El contrato se perfecciona por el mero acuerdo de las partes conforme a lo establecido en los arts. 1254 y 1258 del CC. Su efecto es la constitución entre las partes de una relación obligatoria. Aunque el cedente no entregue en el momento de formalización del contrato, nace la obligación de entregar el inmueble, y para el cesionario, la obligación de entregar el inmueble futuro después de su edificación, sin necesidad de cualquier otro requisito de carácter formal. En este tipo de contratos, a diferencia de los contratos reales, la entrega de la cosa se hace *solvendi causa*, es decir para cumplir el contrato. En caso de incumplimiento cada parte contractual, podrá reclamar de la otra el cumplimiento de la obligación pactada.
- b. Bilateral o sinalagmático: Del contrato se derivan obligaciones para ambas partes; para el cedente la obligación principal es la de entregar el solar y para el cesionario, la entrega de los inmuebles futuros. También en el contrato de cesión existe una obligación de hacer, que consiste en la obligación que asume el cesionario de construir el edificio, si bien, esta

---

<sup>94</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo y otros. *op. cit.* pg. 2.

obligación es de carácter instrumental para el cumplimiento de la obligación principal.

- c. Oneroso: En este contrato, existe un sacrificio patrimonial para ambos contratantes, así, el cedente se desprende de la propiedad de su inmueble para obtener la propiedad de los pisos futuros y el cesionario (además de construir el edificio), se compromete a entregar la propiedad de los inmuebles edificados.
- d. Conmutativo: Se conocen las prestaciones de las partes sin depender de elementos aleatorios; desde la formalización del contrato, las partes conforme a los acuerdos a que han llegado, conocen el contenido y los términos de la obligación que asumen cada una de ellas. Sin embargo, puede considerarse aleatorio cuando la prestación del cedente se determine como un simple porcentaje de la obra que finalmente se edifique, y la prestación se haya establecido en función de los metros o volumen edificable que finalmente se le reconozca por las normas urbanísticas al inmueble.<sup>95</sup> La aleatoriedad incide en la ejecución de la prestación o en su cuantía.<sup>96</sup> Este último supuesto, es propio de los contratos de cesión de solar por obra cuando lo que se entrega es suelo urbanizable, aprovechamiento urbanístico o un porcentaje sobre el total de la obra.
- e. Transmisivo de dominio: El contrato de cesión de solar constituye un título que unido a la entrega, supondrá la transmisión de la propiedad al adquirente. Este aspecto, ha sido uno de los más debatidos por la doctrina y Jurisprudencia, pues en este carácter reside gran parte de la problemática que afecta a este contrato, y en concreto a la situación de mayor o menor vulnerabilidad de la situación del cedente. Sin embargo, en nuestra opinión, el contrato será transmisivo de dominio sin necesidad de entrega cuando la adquisición se hace por accesión, cuando el cedente sólo transmite una cuota.

En relación a este último carácter, pueden distinguirse varias posibilidades, según la modalidad de contrato que se pacte, así pues hay que distinguir entre la llamada

---

<sup>95</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert *op. cit.* pg. 7.

<sup>96</sup> DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. Vol. II *op. cit.* pg. 35.

modalidad básica del contrato, la transmisión de una cuota del solar, la transmisión de la edificabilidad del solar o de parte de ella.

1. Transmisión de la totalidad del solar: Es el caso más frecuente en la práctica por la ventaja que permite al cesionario, y el que mayor vulnerabilidad en cuanto a su situación jurídica presenta al cedente, ya que no existe una simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones. Por ello, la doctrina ha discutido si el contrato de cesión de solar por obra futura, por sí mismo y sin necesidad de entrega de los inmuebles futuros, podía ser suficiente para la adquisición de la propiedad de los pisos futuros, la Jurisprudencia ha despejado esta cuestión al establecer que conforme al art. 609 del Código Civil, este contrato, es título bastante que unido al modo, es decir la entrega del inmueble totalmente construido, permite la adquisición de la propiedad al cedente.

Este aspecto, no desvirtúa la naturaleza consensual de contrato pues generalmente el otorgamiento de la escritura pública se realizará para que el cesionario pueda inscribir su titularidad sobre el solar en el Registro de la Propiedad. Conforme al art. 1462 del CC, en este caso, la entrega se entendería realizada con este otorgamiento en virtud de la *traditio ficta*.<sup>97</sup> La entrega es *causa solvendi* o de cumplimiento de la obligación

2. Entrega del solar pero reservándose el cedente la propiedad del mismo. En este supuesto, el contrato no produce efectos traslativos, hasta que finaliza o se extingue la reserva de dominio pactada en ese contrato. En la práctica, las partes adquieren simultáneamente la propiedad del solar y de los pisos futuros, pues con el otorgamiento de un nuevo documento el cedente transmite la propiedad del solar, del que el cesionario sólo tenía la posesión y el cesionario entrega al cedente la propiedad de los pisos futuros.
3. Transmisión de una parte del solar por el cedente. El cedente transmite sólo una cuota del solar, formándose una comunidad indivisa sobre el mismo. En este caso, la adquisición de la propiedad de lo construido por el cedente es

---

<sup>97</sup> SILLERO CROVETTO, Blanca. GARCÍA ALGUACIL, M<sup>a</sup> José. El contrato de cesión de solar a cambio de obra a construir y el principio de iura novit curia. En *Estudios en Homenaje a la profesora Teresa Puente.op.cit.* pg.351.



por modo originario, por accesión.<sup>98</sup> Esto implica que no es necesario para adquirir la propiedad que el cesionario entregue el inmueble al cedente sino que éste lo va adquiriendo a medida que se va construyendo conforme al principio *accessorium sequitur principale*. Para ello, ambas partes, una vez comenzada la obra, podrán constituir la prehorizontalidad del edificio, adjudicándose cada parte sus respectivos inmuebles, e inscribir dicha escritura en el Registro de la Propiedad. En este caso, cada parte adquiere por accesión los inmuebles según van construyéndose.

4. Entrega de la edificabilidad pero reservándose el cedente la propiedad del suelo. En este caso, se formaliza el contrato de cesión de solar por obra futura, acordando no la entrega de la propiedad del solar, sino del volumen de edificabilidad reconocido por las normas urbanísticas, de tal forma que simultáneamente se constituye un derecho real de vuelo sobre el inmueble objeto de edificación, a favor del cesionario para que pueda actuar y gestionar el proceso edificatorio. En este supuesto, el cedente continúa siendo el propietario del suelo, cediendo el *ius aedificando* al cesionario a cambio de la entrega de parte de los inmuebles construidos. El cesionario adquirirá el derecho a edificar y a adquirir parte de los inmuebles construidos según lo pactado. Así el cedente adquirirá la propiedad de lo edificado, y el cesionario la propiedad de la edificación que corresponda, mediante la constitución de propiedad horizontal o de la prehorizontalidad conforme al art. 8.4 de la LH, en la que el suelo, será un elemento común conforme al art. 350 del CC. En este caso, ambas partes, adquieren cada uno la obra futura conforme a lo pactado por accesión.

Dentro de esta modalidad, puede destacarse los supuestos de rehabilitación de edificios, a cambio de la cesión de los excedentes de edificabilidad de los inmuebles que ya se encuentran construidos. En estos supuestos, habrá que realizar una modificación del título de propiedad horizontal, para ajustar los porcentajes de participación a las nuevas unidades privativas.

---

<sup>98</sup> El art. 353 del CC define la accesión como el derecho que tiene el propietario a hacer suyo lo que a la cosa de que es dueño se le une o incorpora natural o artificialmente. Es modo originario de adquirir la propiedad porque no se adquiere la propiedad por transmisión de otra persona. De este modo, se distinguen como modos de adquirir la propiedad, los originarios y los derivativos. Los modos originarios son la accesión, ocupación, especificación y adquisición de tesoros. El modo derivativo es la *traditio*.

## **5.ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO**

El art. 1261 del CC, se refiere como elementos esenciales del contrato en general, el consentimiento de las partes, el objeto cierto y la causa de la obligación que se establezca. De estos elementos, vamos a analizar la causa y el objeto del contrato, y en cuanto al requisito del consentimiento de las partes, es una cuestión general relativa sobre todo a la capacidad para contratar regulada en el art. 1263 del CC, por lo que analizaremos el consentimiento del menor de edad, para celebrar este contrato en concreto. También analizaremos la prestación del consentimiento cuando el inmueble que se cede pertenece a la sociedad postganancial, y, por último, el supuesto de prestación de consentimiento cuando existe una comunidad ordinaria o hereditaria sobre el solar.

La forma no viene recogida en el art. 1261 del CC, como requisito esencial del contrato. Pero parece oportuno referirnos a ella, pues en ocasiones la forma externa que debe tener un contrato, es elevada por la ley a categoría de presupuesto para la validez o existencia del mismo,<sup>99</sup> y por ello nos vamos a referir a ella también.

### **5.1 El consentimiento del cedente**

#### **5.1.1 el consentimiento cuando el propietario de totalidad de la finca es un menor de edad.**

En este supuesto, el menor de edad no puede contratar con consentimiento válido, porque no tiene capacidad para contratar. El art. 154 del CC, establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. Entre los deberes y facultades de la patria potestad se encuentra el de representarlos y administrar sus bienes. Conforme al art. 164 del CC, quedan excluidos de los actos de administración los actos traslativos de dominio. Por su parte el art. 166 del CC, distingue tres clases de actos dispositivos:

- a) Los permitidos libremente a los padres, como la enajenación o gravamen a título oneroso de muebles no preciosos, de valores mobiliarios cuyo importe se reinvierta en bienes o valores seguros y del derecho de suscripción preferente de acciones.

---

<sup>99</sup> DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. vol.II. *op.cit* pg. 39.

- b) Los prohibidos, como la disposición a título gratuito de toda clase bienes
- c) Los sometidos a autorización judicial, que son todos los demás cuando exista causa justificada de utilidad y necesidad, siempre que concurra la previa autorización judicial.

Por ello si se pretende formalizar un contrato de cesión sobre la finca de un menor de edad, es necesario en virtud del art. 166 del CC, solicitar la autorización judicial para formalizarlo, porque en el contrato de cesión se produce un acto de enajenación de una finca, aunque sea para recibir otra a cambio de ella, o lo que es lo mismo, sustituir una por otra. Aún así consideramos que es necesaria la previa autorización judicial de venta donde habrá que alegar una causa justificada porque la cesión de solar implica una transmisión de dominio en su tipo básico, o bien si se enajena el vuelo y se constituye un derecho real sobre la finca, también en este caso sería necesaria la autorización judicial, pues tampoco le está permitido gravar bienes del menor sin autorización del solar.

Puede suceder, que los padres del menor, aún así formalicen en contrato privado la cesión de solar por obra futura sobre la finca del menor antes de solicitar la autorización judicial. La cuestión planteada en este caso, es que validez jurídica tiene el contrato, es decir, si nos encontramos ante un contrato nulo. Entendemos que no es un supuesto de nulidad absoluta, ya que el menor puede ratificarlo conforme al art. 1259.2 del CC, cuando llegue a la mayoría de edad. Pero si no lo ratifica, el contrato es nulo por falta de consentimiento válido.

En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la SAP de Madrid de 25 de mayo de 2015<sup>100</sup>, que recoge la doctrina establecida en la STS de 22 de abril de 2010,<sup>101</sup> que puso fin a diversas posturas doctrinales. Esta Sentencia reconoce *que la*

---

<sup>100</sup> SAP de Madrid (Sección 13ª) de 25 de mayo de 2015. Sentencia 181/2015. Recurso de Apelación 671/2014. (RJ 2015,6612). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Modesto de Bustos Gómez-Rico, que en su fundamento de derecho quinto: *“El acto realizado con falta de poder, es decir sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC, constituye un contrato o negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca con la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente”*.

<sup>101</sup> STS de 22 de abril de 2010. Sentencia 225/2010. Recurso 483/2006. (RJ 2010,2561). Magistrado Ponente Excm. Sra. Dª Encarnación Roca Trías, que en su fundamento de derecho quinto dice: *“La falta de concreción del art. 166 CC, acerca del tipo de ineficacia que debe atribuirse a los actos realizados por el representante legal sin autorización judicial exigida en el propio artículo, obliga a plantear cual es el*

*autorización judicial para la realización del acto que lo requiera tiene naturaleza imperativa y no es un simple complemento del acto a realizar.*

### **5.1.2 El consentimiento cuando el inmueble pertenece a la comunidad postganancial.**

En este supuesto, nos encontramos ante un bien inmueble, que fue adquirido constante la sociedad de gananciales del matrimonio propietario. Si se pretende formalizar un contrato de cesión de solar por obra futura, se plantea la cuestión de quién debe prestar el consentimiento en el contrato. Este planteamiento se produce, porque los bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales, pueden ser enajenados por uno de los cónyuges. Pero la sociedad postganancial, está comprendida por aquellos bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales que no ha sido liquidada, y el matrimonio se ha separado o divorciado, encontrándose desde ese momento en régimen legal de separación de bienes o bien por el fallecimiento de uno de los cónyuges. En este último caso, la comunidad postganancial estaría formada por el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto.

La enajenación de estos bienes, se rige por las normas de la comunidad de bienes regulada en los artículos 397 y 399 CC, dejando de aplicarse las normas relativas a la sociedad de gananciales, de tal forma que en el contrato deberían prestar consentimiento los dos cónyuges al tratarse de un acto de alteración jurídica. Entendemos que la falta de consentimiento unánime provoca la nulidad absoluta del acto dispositivo porque no se cumple lo establecido en el art. 1261 CC.

---

*fin de protección que busca el ordenamiento jurídico cuando exige dicha autorización. En definitiva se trata de integrar el art. 166CC, con lo que dispone el art. 1259.1 del CC, cuando dice que “ninguno puede contratar a nombre de otro sin que tenga por la ley su representación legal”. De donde surgen los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto en el sentido que luego se explicitará: a) el artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el art. 1259 CC y a salvo de ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del art. 6.3 CC, es decir la nulidad del acto; b) El fin de protección de la norma contenida en el art. 166 CC es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por si mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondiente deudas; c) la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor tal como dispone el art. 154.2 CC. La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses. A favor, la Convención de los derechos del niño, aunque no contemple directamente este supuesto; d) el propio art. 1259 CC se añade a esta argumentación según la doctrina y alguna jurisprudencia, ya citada, porque va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado, cuando sea favorable a sus intereses”.*

En este caso, entendemos que no puede aplicarse el art. 1301 del CC, relativo a los actos disposición realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que serían anulables, siempre que la acción se ejercite en el plazo de cuatro años. Esto es así, porque el acto dispositivo debe realizarse constante el matrimonio y no una vez disuelto. En este sentido se pronuncia la SAP de Granada de 7 de julio de 2006.<sup>102</sup>

### **5.1.3 El consentimiento cuando el bien inmueble pertenece a una comunidad de bienes.**

En este supuesto el consentimiento debe prestarse por todos los comuneros, ya que cada uno es propietario de una cuota sobre el inmueble, por tanto es aplicable las normas que para la comunidad de bienes establece el art. 397 y siguientes del CC, que exige la unanimidad de todos los comuneros al tratarse de un acto de alteración jurídica de la cosa común. Por tanto, la enajenación realizada por un comunero de la totalidad de la finca, es nula en virtud de la aplicación combinada de los arts. 397 y 1261 del CC.

En este sentido se pronuncia la STS de 7 de marzo de 2012,<sup>103</sup> que establece *la nulidad absoluta de una venta de cosa común pues no es un supuesto de cosa de venta ajena, sino que se hace como propia y en perjuicio de los copropietarios.*

Sin embargo, la cesión de solar de un bien, cuando no se transmite como un todo, es válida respecto a los comuneros que prestaron válidamente el consentimiento en virtud del art 399 del CC, que reconoce la plena propiedad de cada comunero sobre su parte, pudiendo enajenarla y gravarla. En este caso, el promotor deberá negociar con los otros comuneros que no quieren en principio transmitir el solar o en última instancia ejercitar la acción de división de cosa común, para adjudicarse la totalidad del inmueble en pública subasta conforme al art. 404 del CC, si la finca fuera indivisible.

---

<sup>102</sup> SAP de Granada (Sección 4ª) de 7 de julio de 2006. Sentencia 380/2006. Recurso 576/2005 (RJ 2007/1 ). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz, que en su fundamento de derecho primero dice: “Los bienes que hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar hasta que se realice la correspondiente liquidación, una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges o en su caso el supérstite y los herederos del premuerto, ostentan una titularidad común que no permite que cada uno de los cónyuges por si solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado.”

<sup>103</sup> STS de 7 de marzo de 2012. Sentencia 92/2012. Recurso 2084/2008. (RJ 2012,4059). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Pero, la SAP de Cáceres de 4 de junio de 2015,<sup>104</sup> recogiendo lo establecido en la STS de 23 de marzo de 2012,<sup>105</sup> se refiere a un supuesto especial, en el que el consentimiento es válido, aún cuando en el contrato se exprese que el objeto de la venta es la totalidad del inmueble. El supuesto analiza la demanda de nulidad de contrato de compraventa, por falta de consentimiento. El vendedor, padre de los demandantes, vende en contrato privado según se expresa literalmente en el contrato la totalidad de la finca, cuando en realidad sólo es propietario del 66,666667% de la misma porque no le pertenecía nada más. Por su parte, la compradora, su hija, ahora demandada, había adquirido por herencia de su madre, el 4,166667% y después adquirió el 8,33334% de la misma finca. Los demandantes interesan la nulidad del contrato por falta de consentimiento alegando que D. Eulogio vendió sin el consentimiento del resto de los propietarios.

La sentencia es estimada por el Juzgado y declara la nulidad del contrato de compraventa por falta de consentimiento, dando la razón a los demandantes que entendían que el padre ha vendido la totalidad de la finca, sin el consentimiento del resto. La compradora, recurre en apelación ante la Audiencia Provincial, que estima el recurso, justificando que el supuesto es una especialidad, ya recogida en la STS de 23 de marzo de 2012.<sup>106</sup> La Audiencia aplica los artículos 1281 y 1282 del CC relativos a la interpretación de los contratos, entendiendo que la intención evidente de los contratantes prevalece sobre los términos gramaticales del documento, si éstos aparentemente fueran contrarios. Entiende que lo que realmente vendió el padre a la hija en virtud de contrato privado fue la participación de la que era titular en el dominio de la finca, es decir del 66,666667% y no el 100%.

En nuestra opinión en esta Sentencia, se está aplicando lo establecido en el art. 399 del CC, relativo a la enajenación y gravamen de la cuota de propiedad de cada

---

<sup>104</sup>SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 4 de junio de 2015. Sentencia 172/2015. Recurso de Apelación 217/2015. (RJ 2015,160648). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano, que en su fundamento de derecho cuarto dice: *“En consecuencia y por lo que se refiere a este motivo, la venta ha de considerarse válida y eficaz en la medida en que, con independencia de los términos literales del contrato, lo que en realidad vendió D. Eulogio a su hija, Dª Mª Antonieta, en virtud del documento privado de fecha 18 de Noviembre de 1982, fue la única participación de la que era titular en el dominio de la finca, es decir el 66,666667% y no el 100% de la misma, circunstancia que era absolutamente conocida por las dos partes contratantes y entendemos que así mismo, por el resto de los copropietarios del inmueble.”*

<sup>105</sup> STS de 23 de marzo de 2012. Sentencia 151/2012. Recurso 223/2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (RJ 2012,5573)

<sup>106</sup> STS (Sala 1ª) de 23 de marzo de 2012. Sentencia 151/2012. Recurso de casación 223/2009. (RJ 2012,5573). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

comunero. Pero en modo alguno declara la validez de la venta del 100% de la finca, simplemente, interpreta lo querido por las partes pese a lo expresado en el contrato, que no era otra cosa que la venta de la cuota del vendedor, por tanto, la Sentencia entiende que hay consentimiento válido y consecuentemente el contrato es eficaz y no procede su declaración de nulidad.

Cuestión diferente es el supuesto en el que el propietario de una cuota de un bien inmueble, vendiera la totalidad de la finca a un tercero. En este caso el consentimiento no es válido porque se vende la totalidad de una finca como unidad que no es propiedad del vendedor. No nos encontraríamos ante un supuesto de venta de cosa ajena, sino que se hace como propia en perjuicio del resto de los comuneros por lo que existiría nulidad absoluta del contrato.

## **5.2 La causa del contrato.**

El art. 1274 del CC, entiende la causa, para cada parte contratante como la prestación o promesa de una cosa o servicio por la parte. DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS,<sup>107</sup> la definen como el propósito de alcanzar la finalidad genérica del negocio, o si quiere decir de otra manera, la finalidad práctico-social del mismo. Estas finalidades han sido reconocidas previamente por el Derecho como merecedoras de protección, al tipificarse y regularse los negocios. La causa en los contratos atípicos es un elemento importante, porque permite valorar la validez del contrato según la licitud de la causa, y además sirve para determinar la naturaleza jurídica del negocio, sus efectos jurídicos y la regulación aplicable.<sup>108</sup> En el contrato de cesión de solar por obra futura, la causa es el intercambio de un solar o edificabilidad por un inmueble futuro. La existencia de esa finalidad económica propia es la que caracteriza este contrato como atípico.

Hay que distinguir la causa del contrato de las motivaciones y finalidades personales que inducen a las partes a obligarse contractualmente. Éstas últimas, no tienen trascendencia jurídica. Sin embargo, algunas teorías modernas, reconocen la posibilidad de que los móviles o motivos personales que les inducen a celebrar el contrato, pueden ser consideradas como causa siempre que esté exteriorizada, y las

---

<sup>107</sup> DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. vol. II *op. cit.* pg. 46.

<sup>108</sup> ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup> Teresa. "La cesión de solar por pisos o locales en edificio en construcción". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol. 1 Parte Estudio. Editorial Aranzadi. S.A Pamplona 1995. BIB 1995\9. 10/27.

partes hayan querido configurarla como causa determinante del contrato. Es la denominada causa impulsiva. La STS de 30 de diciembre de 1985,<sup>109</sup> se refiere a un contrato de cesión de solar por obra futura, que las partes habían denominado como compraventa, estableciendo como precio por el solar, además de entrega de dinero entregado en diversos plazos, la entrega al vendedor propietario del inmueble, de un apartamento a construir en la finca y de un local-depósito para utensilios náuticos. También se pactó que los gastos derivados del anteproyecto de obra se pagarían por mitad entre las partes contratantes.

Como veremos a continuación y en base a la complejidad del contrato las partes establecen una serie de garantías con la finalidad de proteger sus respectivos intereses, en caso de que se demorara en el tiempo la obtención de las licencias necesarias o fueran denegadas. Así, se pactó que las partes se comprometían y obligaban a suspender el comienzo de las obras, no obstante su aprobación por los tres Organismos citados, hasta tanto las tres aprobaciones no hayan sido recurridas dentro de los plazos que las

---

<sup>109</sup> STS (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 1985. Sentencia 1694/1985. (1985,1694). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño que en su Fundamento de Derecho 4ª dice: *“Que esta modalidad de la causa de los contratos, dando relieve a los motivos, cuando concurren los requisitos indicados, tuvo su desarrollo legislativo en Derecho comparado, pudiendo servir de ejemplo el modelo italiano, apoyado en el Código de 1942, en el que la relevancia de los motivos aparece recogida, no solo respecto de algunos actos jurídicos particulares, como los testamentos (art. 626) o las donaciones (artículo 788), sino también con carácter general para toda forma de contrato, en el art.1345 que declara ilícito el contrato cuando las partes se determinaron a celebrarlo exclusivamente por un motivo ilícito común a los dos y en el art. 1418, cuyo párrafo segundo, al tratar de la nulidad del contrato señala como uno de los supuestos, la ilicitud de los motivos del indicado artículo 1345; doctrina que repercutió en España tanto científica como, sobretudo jurisprudencialmente, llegando a crear respecto a ésta un cuerpo homogéneo e indiscutible, a partir de la sentencia de 2 de Abril de 1941, que fue seguida de otras muchas, por las de 12 de Abril de 1994, 12 de Abril de 1946, 24 de Marzo de 1950, 29 de Abril de 1951, 17 de Marzo de 1956, 23 de Noviembre de 1961, 23 de Diciembre de 1966 y 8 de Julio de 1977 que precisa la doctrina unánime y reiteradamente seguida hasta el momento actual que debe ser mantenida; en virtud de la cual, en el presente caso las partes, de común acuerdo, haciendo uso de la libertad contractual del art. 1255 del CC, elevaron la finalidad particular perseguida, a causa determinante del contrato poniéndola como condición del mismo-cuya inobservancia también se denuncia en el motivo cuarto- de indiscutible admisibilidad, pero con el triple límite que el indicado precepto establece, en el sentido de que su licitud y consiguiente validez del pacto, dependía de que, legalmente, se pudiera efectuar la construcción, pues caso contrario, sería ilícita por contraria a la ley-ilicitud legal- y chocaría con el precepto del artículo 1275, a cuyo tenor los contratos con causa ilícita-y lo es “cuando se oponen a las leyes no producen efecto alguno; por eso es por lo que el derecho de opción ejercitado por el comprador, no sólo se actuó extemporáneamente, como se dijo, sino que carecería de fundamento jurídico al haber devenido ilícita la causa en que se apoyaba, que impedía la opción al no quedar otra alternativa que la resolución; sin que pueda admitirse la pretensión de optar por la vigencia de una compraventa pura y simple, pues la alternativa fijada en la cláusula discutida es a mantener definitivamente la vigencia del contrato a su entero riesgo, y por supuesto, tal como se concertó que supondría tanto como incidir en el mantenimiento de la ilicitud conducente a su invalidez, pero nunca comprendida la pretendida compraventa, que es otra distinta de la pactada, transformando su causa, lo que sólo podría haberse efectuado novando la relación anterior, de común acuerdo, pero no por la acción unilateral de uno de los contratantes que va en contra de lo dispuesto en el art. 1256 del CC según el que la validez y el cumplimiento del contrato no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.*



leyes otorgan a cualquiera de los interesados a tal fin, y en caso de interponerse cualquiera de los recursos, el comprador, en el plazo de 30 días desde su interposición, podrá optar entre mantener definitivamente, bajo su entero riesgo, la vigencia del contrato o darlo por resuelto de pleno Derecho, con la consiguiente devolución por el vendedor de las cantidades recibidas y estando a lo pactado en cuanto al pago por mitad del Anteproyecto de Obras. También se concede en el párrafo segundo de esa estipulación el derecho a optar al comprador, en el mismo plazo de 30 días, para el supuesto de que, así mismo, cualquiera de los Organismos denegase el permiso de obras. El permiso de obras fue denegado, por lo cual, fue presentado recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado por sentencia declarada firme el 12 de Diciembre de 1978. El 24 de Enero de 1979, el vendedor requirió notarialmente al comprador dando por resuelto el contrato ante la imposibilidad de llevar a cabo las obras proyectadas, ofreciendo la devolución de las cantidades recibidas y a pagar el importe de la mitad de Anteproyecto de Obras. El comprador se opuso, también por conducto notarial el 30 de Enero de 1979, sosteniendo la vigencia del contrato y ofreciendo el pago de algunas cantidades pendientes y la programación del pago del resto del precio.

El comprador, interpuso demanda ante el Juzgado pidiendo el mantenimiento del contrato de compraventa, con la necesidad de ajustar los detalles en cuanto al pago en virtud de la decisión judicial solicitada con el fin de escriturar la compraventa.

El vendedor se opuso, negando los hechos en cuanto supusieran interpretaciones parciales y subjetivas por parte del demandante comprador, alegando que era mejor acudir al contexto del contrato para establecer su auténtico contenido. Además, formulaba demanda reconventional, por la que pedía la resolución del contrato con devolución por su parte de las cantidades recibidas y el importe de la mitad del Anteproyecto de Obras. El Juzgado desestimó la demanda interpuesta por el comprador, y estimó la reconvenición formulada por el vendedor, declarando resuelto el contrato en los términos solicitados por el vendedor.

La parte compradora interpuso recurso de apelación contra la citada Sentencia, que fue estimado por la entonces Audiencia Territorial que declara subsistente el contrato de compraventa y establece unos plazos para el cumplimiento por el comprador de su obligación, más el 6% de intereses desde la interposición de la demanda.

El vendedor, interpuso recurso de casación, que fue admitido por el Tribunal Supremo, declarando la resolución del contrato de compraventa, *basándose en la naturaleza jurídica de los contratos y teniendo en cuenta la verdadera intención de los contratantes manifestada en el total contexto del contrato*. En este sentido, la Sentencia del Alto Tribunal, entiende que la intención de las partes al contratar era por parte del comprador adquirir un solar para construir y por parte del vendedor adquirir la propiedad de un apartamento y un local-almacén para utensilios náuticos. Ante la imposibilidad sobrevenida, desaparece la “causa impulsiva” a la que los contratantes dieron trascendencia jurídica. A nuestro juicio, en este caso, nos encontramos ante un contrato de cesión de solar por obra futura con prestación constituida por entrega de dinero además de la entrega de los inmuebles comprometidos a cambio de solar para edificar. En este sentido, el Alto Tribunal, entendió que las partes, querían precisamente eso un intercambio de una cosa presente por una futura, por lo cual la sustitución de ésta última por dinero ante la imposibilidad de edificar el solar, no era procedente porque eso no era lo querido por las partes, en aplicación de la teoría de la denominada “causa impulsiva”.

En nuestra opinión, si este supuesto de hecho se presentara actualmente, la Jurisprudencia, calificaría sin lugar a dudas, el contrato como cesión de solar por obra futura, entendiendo que existe una causa típica del contrato, sin necesidad de recurrir a la causa impulsiva, con una finalidad económica concreta, distinta de la compraventa. Además, también procedería la resolución del contrato, al existir causa de resolución por imposibilidad de cumplimiento de la prestación por el cesionario

Aunque las partes habían previsto para el supuesto de denegación de licencia, una opción a favor del llamado comprador, consistente en la resolución del contrato o en mantener definitivamente bajo su entero riesgo la vigencia del contrato, esta última posibilidad no resultaría factible, porque sería de imposible cumplimiento la prestación del cesionario o porque la demora temporal sería indefinida, y el cedente, no tiene la obligación de soportar esa incertidumbre en cuanto al plazo de cumplimiento. En conclusión, actualmente, el caso se resolvería con otra argumentación jurídica, basada en la causa del contrato, y no en la causa impulsiva, pero se procedería también a la resolución del contrato.

Esta Sentencia, pone de manifiesto la dificultad de establecer un concepto unitario, que defina con precisión la esencia de este contrato, y sintetice todas las

posibilidades de estructurar esta figura. En este caso concreto, además de la compra de los solares, se establecía una entrega de dinero por parte del cedente y el abono por parte del comprador o cedente de determinados gastos como el Anteproyecto, además de otra serie de pactos, todo ello en virtud del art. 1255 del CC. Sin embargo, ni la doctrina ni la Jurisprudencia se han resignado a esta circunstancia, elaborando un concepto que define al contrato de cesión de solar por obra futura, teniendo ambas en cuenta la finalidad económica o causa del contrato.

### **5.3 El objeto del contrato.**

El art. 1271 del CC, establece que pueden ser objeto de contrato las cosas futuras. En el contrato de cesión de solar, el objeto es una cosa futura que no existe en el momento de la firma del contrato. Por su parte el art. 1273 del CC, determina que el objeto del contrato debe ser una cosa determinada. Sin embargo, el contrato es válido, aunque el objeto no esté determinado, siempre que sea determinable sin necesidad de realizar un nuevo convenio. Se distingue entre determinación y determinabilidad. La STS de 23 de febrero de 2007,<sup>110</sup> entiende la determinabilidad, como una situación en que no hay determinación inicial en el momento de perfeccionarse el contrato, pero si cabe que se determine posteriormente siempre que no sea necesario un nuevo convenio. Por ello, es necesario, que en el primer contrato consten criterios, pautas o disponibilidad para su fijación. La STS de 30 de marzo de 2012<sup>111</sup> analiza un supuesto

---

<sup>110</sup> STS de 23 de febrero de 2007. Sentencia 199/2007. Recurso 4118/1999. (RJ 2007,811). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández, que en su Fundamento de Derecho 2º dice: “El art. 1271, párrafo primero, CC admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una cosa futura. No importa que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino basta una razonable probabilidad de existencia. Ello no es incompatible con la certeza, la cual se refiere a la determinación o identificabilidad, no a la existencia (arts. 1273, 1445,1447 CC). La falta de determinación deja el contrato al arbitrio de cada uno de los contratantes, por lo que afecta al principio de la necesidad que es esencia de la obligación. La determinación supone que hay identificabilidad de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos, la determinación supone que el acreedor conoce lo que puede exigir y el deudor lo que tiene que entregar para cumplir su obligación. La Jurisprudencia admite que es suficiente la “determinabilidad” la cual hace referencia a una situación en que no hay determinación inicial, en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero si cabe la determinación posterior, siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo entre los contratantes para su fijación.”

<sup>111</sup> STS de 30 de marzo de 2012. Sentencia 223/2012. Recurso 79/2009. (RJ 2012, 1922) Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, que en su Fundamento de Derecho Primero dice: “Según el art. 1273 CC, el objeto del contrato debe ser cierto y se considera que tiene esta cualidad cuando pueda ser determinado sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes. Esta regla es perfectamente aplicable al caso en que el objeto del contrato lo constituyan cosas futuras, pisos y plazas de garaje, en la forma que la sentencia recurrida ha interpretado dados los términos en que se redactó y aceptó por ambas partes. Tratándose de una cosa que aún no existe, la concreción del objeto es muy clara y no incurre en la prohibición de un nuevo convenio contenida en el art. 1273 CC. Y es evidente dentro del juicio jurídico de control casacional, los datos expresados en el control son suficientes para estimar que hay determinación o certeza del objeto del contrato que va a permitir no solo el

de contrato de cesión de solar por obra futura, en el que las partes mediante lo que ellas denominan compraventa, una de ellas había vendido unas viviendas por importe de 625.052€ que sería satisfecha mediante la permuta de obra en una promoción que la compradora proyecta realizar por igual importe. Esta permuta se materializaría en dos viviendas tipo de tres dormitorios valorados en 324.545€ y veinte plazas de aparcamiento valoradas en 300.507€. Los cedentes, entendieron que la contraprestación de los cesionarios no estaba concretada, ni en situación, ni en metros ni en porcentaje de construcción, interesando por ello, la declaración de nulidad del contrato. La demanda fue desestimada en el Juzgado y en la Audiencia, al entender ambas instancias, que no existía indeterminación absoluta, ya que respecto de los pisos no sólo estaba descrita la tipología de piso que correspondía a tres dormitorios, sino también el valor, y respecto a las plazas de aparcamiento, éstas se encontraban descritas como plazas de aparcamiento, por lo que conforme al art. 1167 del CC, se cumplirá con un piso o plaza de aparcamiento medio dentro del género determinado. Los cedentes, interponen recurso de casación que fundamenta en la infracción de los arts. 1261, 1273 en relación con el art. 1167 CC y basan sus alegaciones en entender que no es suficiente la determinación parcial del objeto, sino que en el contrato de permuta de solar por obra futura, debe determinarse y especificarse minuciosamente sin ser posible una referencia genérica a la obligación de entregar un piso o plaza de aparcamiento medio dentro del género determinado. El Tribunal Supremo lo desestima estableciendo que el art. 1273 CC, determina que el objeto debe ser cierto, y considera que tiene esa cualidad cuando puede ser determinado sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes. Añade, que este precepto es aplicable a los supuestos en que el objeto del contrato sean cosas futuras, pisos o plazas de aparcamiento.

En nuestra opinión en este supuesto, el TS y con anterioridad las instancias anteriores, aplican el art. 1273 del CC, que establece que el objeto tiene que ser una cosa determinada en cuanto a su especie. Por cosa determinada en cuanto a su especie, se entiende que la determinación de la cosa no pueda confundirse con otras distintas. En

---

*cumplimiento normal de la obligación contraída, sino valorar el contenido de la prestación en el caso de incumplimiento. En primer lugar se hace referencia no sólo a lo que entregan los actores a los demandados, sino también al precio de la compraventa parte del cual se cumplimenta mediante la entrega de dos viviendas tipo de tres dormitorios y veinte plazas de garaje. En segundo lugar, se fija el precio de lo que va a ser objeto de entrega tanto para las viviendas, como para las plazas de garaje. No hay por tanto, indeterminación sino determinación tanto de la especie, como de la cantidad, cumpliendo así el requisito que para la determinación del objeto contractual exige dicho precepto legal, y además, como tiene declarado la constante y uniforme doctrina jurisprudencial, las cuestiones sobre la concurrencia de los requisitos del contrato son de hecho.”*

este caso, el objeto consiste en pisos de tres dormitorios y plazas de aparcamiento, es decir, está determinado en cuanto a la especie. En este sentido, el CC no exige que el objeto esté determinado en cuanto a la cualidad. Si se realiza una determinación del mismo por el género al que pertenece, la falta de criterios para perfilar la calidad se suple con lo dispuesto en el art. 1167 del CC, es decir, entregando una cosa de calidad media.<sup>112</sup> En el supuesto contemplado, se cumpliría entregado dos pisos de tres dormitorios y veinte plazas de aparcamiento, conforme a las calidades medias habituales usadas en la promoción inmobiliaria. Actualmente con la exigencia legal del Libro del edificio terminado, y la aplicación del Código Técnico de la Edificación, entendemos que no existen problemas para concretar este aspecto relativo a las calidades del inmueble que ha de ser entregado porque ambos exigen la especificación y determinación de unas calidades mínimas de los materiales utilizados e instalaciones realizadas.

En este tipo de contratos también es frecuente, fijar la prestación futura mediante la entrega al cedente de un porcentaje del total de la obra que se edifique. Esta modalidad se utiliza, cuando en la fecha de formalización del contrato se desconoce la edificabilidad final de la finca. En este supuesto, el objeto no está determinado pero si existe determinabilidad sin necesidad de efectuar nuevos convenios posteriores.

Esta modalidad se analiza en la STS de 20 de noviembre de 2009<sup>113</sup> en un supuesto en que las partes habían pactado como contraprestación del cedente un porcentaje sobre el total de la obra, previéndose una planificación de 75 viviendas por hectáreas estando pendiente el correspondiente plan parcial de los terrenos para su conversión en solares. Una vez, convertido el terreno en solares, se construirían un edificio en el que se entregarían a la parte cedente el 11,50% de viviendas y solares. Los cedentes, formularon demanda interesando la declaración de inexistencia de derecho alguno en relación con el contrato o nulidad del mismo. La demanda fue desestimada en el Juzgado y posteriormente en la Audiencia Provincial. Los cedentes, interponen recurso de casación ante el TS, estableciendo que en el contrato hubo una absoluta indeterminación del objeto, al fijarse la contraprestación de la parte cedente en un porcentaje del 11,50%, sobre la edificación total. El TS dicta Sentencia, desestimando el

---

<sup>112</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II *op. cit.* pg. 42.

<sup>113</sup> STS Sala 1ª de 20 de Noviembre de 2009. Sentencia 781/2009. Recurso de casación 1904/2005. (RJ 2009,7296) Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

recurso al entender que existe en el contrato la determinabilidad de las viviendas y locales de negocios que se dan a cambio de los terrenos, que se determinarán definitivamente al ejecutar el contrato con un criterio de buena fe y racionalidad.

También se pronuncia en este sentido, la STS de 13 de abril de 2010,<sup>114</sup> en un supuesto de cesión de solar en el que no se especificaba el número de unidades concretas que recibiría el cedente. Se fijaba la contraprestación en el 29% de la totalidad de pisos y locales y garajes que se construyera. El cesionario formula demanda de nulidad del contrato por falta de objeto. El Juzgado y la Audiencia Provincial, desestiman la demanda, y el cesionario vuelve a recurrir ante el TS, que vuelve a desestimar el recurso argumentando conforme al art. 1273 del CC, que el objeto es cierto, solamente existe una indeterminación relativa y por tanto que puede ser determinable por un nuevo convenio que sólo fijará las concretas unidades que se incluyen en el 29% atribuido en el contrato. Entiende que este convenio no vulnera la prohibición de nuevo convenio contenida en el art. 1273 del CC.

#### **5.4 La forma del contrato**

La forma, en principio es un elemento natural de cualquier negocio jurídico, pues la declaración de voluntad que entraña, tiene que exteriorizarse para ser conocida por los demás. En este sentido, es un medio de exteriorización de la voluntad, bien mediante la palabra, la escritura o la conducta. Sin embargo en sentido técnico se entiende como el requisito necesario para dar validez a determinados actos jurídicos, cuya eficacia se hace depender del cumplimiento de ciertas formas. DIEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS,<sup>115</sup> catalogan a este último concepto como la manera de ser del negocio.

El CC español, siguiendo el sistema espiritualista del Ordenamiento de Alcalá,<sup>116</sup> recoge la libertad de forma contractual en los arts. 1278 a 1280, por lo que en

---

<sup>114</sup> STS de 13 de Abril de 2010. Sentencia 196/2010. Recurso 1069/2006. (RJ 2010,4044). Magistrada Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.

<sup>115</sup> DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Vol. II. *op. cit.* pg. 47

<sup>116</sup> Recordemos que el Ordenamiento de Alcalá era un conjunto de 131 leyes divididas en 32 títulos, promulgadas con ocasión de las Cortes reunidas por Alfonso XI en Alcalá de Henares en el año 1348. Son consideradas parte importante del corpus legislativo principal en la Baja Edad Media. Su objetivo fue establecer un cierto orden en la dispersa legislación castellana, mediante el establecimiento de un sistema de prelación de Fuentes del Derecho. Así en primer lugar se aplicaba el Ordenamiento de Alcalá, a

principio para su validez no es necesario el cumplimiento de ningún requisito salvo que expresamente se recoja la obligatoriedad de formalizarlo solemnemente.

Por tanto, el contrato de cesión de solar por obra futura, en cuanto, a su forma, es un contrato no solemne, pues no está sometido a requisitos formales, tal y como establece la STS de 10 de junio de 2005<sup>117</sup> pudiéndose celebrar incluso de forma verbal, aunque no es habitual ni recomendable sobre todo en relación a la prueba del mismo en caso de incumplimiento. A pesar de ello, en la citada sentencia, se logra acreditar por la parte demandante, la existencia de un contrato verbal de permuta.

El procedimiento se inicia a instancias de los cesionarios, D. Carlos Manuel y D. Esteban, que solicitan la resolución del contrato verbal de permuta con D<sup>a</sup> Carmen, por lo que además de la citada resolución piden indemnización por daño emergente que se fija en la cuantía de 8014338 pesetas, así como el lucro cesante, que se fije en el propio procedimiento o en ejecución de sentencia. D<sup>a</sup> Carmen se opone, alegando que solamente hubo tratos precontractuales.

Sin embargo, el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia estima la demanda, apreciando la existencia de permuta verbal y el incumplimiento de la cesionaria, y estima acreditada la cantidad reclamada por gastos abonados por los demandantes en las diferentes

---

continuación los Fueros, y, por último Las Partidas. Además reguló otros aspectos jurídicos relativos a contratos y testamentos. En concreto, reguló la validez de la obligación contraída sin sujeción a forma determinada.

<sup>117</sup>STS, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2005. Sentencia 458/2005. Recurso de Casación 78/1999. (RJ 3755, 2005). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández., que en su fundamento de derecho cuarto lo siguiente: “...El motivo no se estima por las razones siguientes. En primer lugar porque la resolución recurrida dice que el consentimiento “claramente se deduce de la actividad, incluso conjunta en que en algún momento coincidieron ambas partes” e indica actos en que se da tal circunstancia, y como tal apreciación fáctica devino incólume en casación, resulta inconsistente la alegación del motivo de que todas las actuaciones que se reflejan en la Sentencia son exclusivamente de los demandantes. En segundo lugar, resulta evidente que los hechos determinantes de la apreciación del consentimiento ha de ser inequívocos “falta concludentia”, es decir, que con toda evidencia los signifiquen, sin posibilidad de dudosas interpretaciones, pero en nada se contradice esta doctrina por la resolución recurrida, aparte de que no se ha efectuado la impugnación de esta con el fundamento adecuado, pues dicha apreciación entraña una cuestión fáctica, y esta Sala tiene reiterado que el acogimiento del consentimiento tácito con base en determinadas deducciones no es sino un acto presuntivo del Tribunal de instancia a denunciar, en su caso como infracción del art. 1253 CC, por lo que resulta claramente improcedente basarse en los arts. 1262 y 1282 como se hace en el enunciado del motivo. Y finalmente, aunque es cierto que generalmente el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia, sin embargo el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido oportunidad de hablar, es decir, que no se esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia del mismo, y se debe hablar, existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan, o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disenso, si no se deseaba aprobar la propuesta de la contraparte. Y en el caso habida cuenta las relaciones negociales existentes entre las partes y las circunstancias concurrentes expuestas con amplitud en la sentencia de instancia, que devienen incólumes y vinculantes para este Tribunal ad omnen eventum, siempre resultaría correcta la aplicación de la doctrina de que “otorga quien calla pudiendo y debiendo hablar”, aunque como ya se dijo para el caso el juzgador de instancia también toma en cuenta la existencia de una intervención positiva, actos de la Sra. Carmen, con el significado de los hechos concluyentes de aquiescencia implícita del negocio contractual.”

operaciones realizadas en relación con el contrato de permuta, pero no así la existencia de lucro cesante.

La Sentencia es apelada por ambas partes, y se estima en parte, rebajando la cuantía de la indemnización por daño emergente que se cifra en 1398311 pesetas y acuerda la remisión a ejecución de sentencia del lucro cesante. Ambas partes de nuevo presentan recurso de casación, articulando la cedente dicho recurso en que no existió contrato verbal de permuta sino que inicialmente hubo un encargo a D. Carlos Manuel para la venta del solar a terceros y posteriormente unas conversaciones para la transmisión del solar a unas personas presentadas por aquel, que resultaron él mismo y D. Esteban, conversaciones que concluyeron sin acuerdo, por lo que el contrato no se celebró, y por consiguiente no pudo haber el incumplimiento contractual denunciado en la demanda.

El Alto Tribunal estima la existencia de un consentimiento contractual obtenido por el juzgador de instancia por la prueba documental complementada por testifical y la actividad inequívoca de las partes. Entiende que los actos o actividades de las partes pueden ser tenidos en cuenta por el tribunal cuando revelen inequívocamente, el consentimiento contractual, y alega que la sentencia recurrida explica pormenorizadamente los actos que valora y sus circunstancias. También entiende la sentencia, que el silencio de la demandada puede entenderse como consentimiento, teniendo en cuenta las relaciones de negocio existentes entre las partes y las circunstancias concurrentes, por lo que resultaría aplicable la doctrina de que “otorga quien calla pudiendo y debiendo hablar”.

Tras esta exposición, entendemos que en esta Sentencia, por tanto, se acredita la existencia de un contrato verbal de permuta de solar, por las actividades desplegadas por las partes, que no se entienden sino en el marco de la existencia de un contrato.

No obstante, también ponemos de relieve que en otras ocasiones, el TS, no ha admitido la existencia del contrato verbal por falta de acreditación, tal sucede en la STS de 25 de marzo de 2008,<sup>118</sup> en la que Construcciones Lampón S.L, demanda a la cedente de una finca, sosteniendo que entre ambas partes había un contrato verbal de permuta por unidades de obra futura y una cantidad de dinero en metálico por lo que la constructora, solicitaba que se obligara a la cedente a otorgar la escritura pública de permuta con la constructora, y la cesionaria entregaba en dicho momento la parte del precio correspondiente, avalando la parte que quedaba aplazada, consistente en los inmuebles.

---

<sup>118</sup>STS, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2008. Recurso de Casación 529/2001, Sentencia 233/2008 de 25 de Marzo. (RJ 1497,2008). Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros que en su fundamento de derecho segundo establece: *“No se entiende que si se declara que se alcanzó un acuerdo transmisivo, se diga a continuación que no ha podido determinarse el precio convenido. Entonces lo que no existe en absoluto es tal acuerdo desde un punto de vista jurídico, y hace inexplicable que se acuda al mutuo disenso para reconocer la ineficacia de lo acordado, instrumento que exige imperativamente que exista previamente. Lo que ocurre simplemente es que ante la falta de prueba del requisito esencial del precio que se pactó, no ha nacido jurídicamente el contrato de permuta o venta cuyo cumplimiento se exige en la demanda, lo que conduce a su desestimación.”*



El juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda, a pesar de que reconoce la existencia del contrato de permuta por entender que se ha producido un mutuo disenso del contrato por ambas partes, ante la falta de interés que se pone de manifiesto en el procedimiento por ambas partes, para la consecución del negocio.

La constructora apela la sentencia ante la Audiencia Provincial, que la desestima y presenta recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que llega a la misma conclusión que el Juzgado de 1ª Instancia, en el sentido de que no se ha acreditado cual era el precio de la permuta, si bien el Alto Tribunal, entiende que no ha existido ningún contrato de permuta verbal, puesto que no hay acuerdo en el precio, y por tanto el contrato no existe, por lo que entiende que no hace falta recurrir al mutuo disenso para reconocer la ineficacia de lo acordado, pues es necesario que exista previamente.

Por ello, considera que existe una falta de prueba del requisito esencial del precio que se pactó, por lo que no ha nacido jurídicamente el contrato de permuta, cuyo cumplimiento se exigía con la demanda.

Frente al criterio anterior esta STS y la importancia jurídica de su ponente, en relación a la existencia del contrato verbal de permuta, podemos concluir, que es posible por el principio de libertad de forma que rige en el nuestro derecho, recogido en los artículos 1278 a 1280 CC. Sin embargo, consideramos que no es aconsejable la forma verbal en este tipo de relación jurídica, basada en el principio de autonomía privada y en la libertad de pactos por las siguientes razones:

1. La existencia de consentimiento contractual será una cuestión de hecho que habrá que acreditar con todos los medios de prueba posible y será harto difícil, por lo que en muchas ocasiones, serán considerados tratos preliminares pero no contrato.
2. Será difícil acreditar todos y cada uno de los extremos acordados entre las partes, y será complicado, regular aquellos aspectos del contrato, que puedan el asegurar la prestación del cedente.
3. Tampoco será de gran utilidad para el cesionario si ha de obtener préstamos hipotecarios para la construcción futura.

En conclusión, la forma verbal, no es la más adecuada para un contrato como el de cesión de solar por obra futura, regulado en su mayor parte por los pactos entre las

partes, en virtud del art. 1255 del CC, carente de regulación legal específica, y ante la falta de seguridad jurídica que la inexistencia de documento puede producir a las dos partes contratantes. Además, el hecho de que el cesionario pretenda obtener la financiación necesaria para la construcción mediante la obtención de créditos hipotecarios que graven la propia finca, va a favorecer, que el contrato se otorgue en escritura pública para que el cesionario pueda inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad.

## **6. EL DERECHO DE VUELO Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA.**

### **6.1 Introducción.**

Estamos analizando el contrato de cesión de solar por obra futura, pero nos parece oportuno una vez realizada su configuración jurídica, hacer una detenida referencia al derecho de vuelo. En el caso del primer contrato nos encontramos ante una relación de naturaleza obligacional y el derecho de vuelo tiene eficacia real si se le inscribe en el Registro de la Propiedad. Pero consideramos que son dos figuras que se encuentran relacionadas porque a través de ellas se puede obtener el mismo intercambio. Nos interesa determinar el grado de relación entre ambas o si por el contrario se da una relación de coexistencia sin ningún nexo entre ellas.

### **6.2 Función económica del derecho de vuelo.**

En los núcleos urbanos, principalmente de las grandes ciudades, existen edificios que no han agotado su edificabilidad, o que habiéndola agotado en su momento, se le ha reconocido una edificabilidad superior a la que tenía que le permite de construir más plantas, en virtud del Plan General de Ordenación Municipal. La construcción de estas plantas, suele ser un buen negocio que el propietario puede realizar de dos formas, realizando el mismo la construcción o cediéndole a un tercero el derecho a elevar nuevas plantas. También suele ocurrir, que estos edificios antiguos, suelen encontrarse en zonas y barrios degradados desde el punto de vista urbanístico y social. El reconocimiento de una mayor edificabilidad a esos edificios, unido a la rehabilitación de los mismos, puede suponer una rehabilitación y una segunda oportunidad de barrios y cascos enteros. La cesión de edificabilidad y del derecho a construir nuevas plantas a

cambio de entregar algunas viviendas nuevas juega un papel preponderante en estos casos. Ello, nos ha impulsado a estudiar el derecho de vuelo y su relación con el contrato de cesión de solar por obra futura.

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de Entidades Jurídicas de Cataluña de 1 de diciembre de 2010,<sup>119</sup> justifica la función económica del derecho de vuelo, considerando que mediante la constitución de este derecho de vuelo, el dueño del solar o del edificio sobre el que se construirá o se sobreedificarán plantas nuevas, enajena de hecho, una parte del aprovechamiento urbanístico, sin perder la parte construida que ya existe, es decir del aprovechamiento urbanístico ya edificado. Así, el propietario que no está en disposición de invertir fondos necesarios para construir, conforme a la normativa urbanística, una planta nueva sobre un edificio, o un edificio sobre una parte del solar donde hay otro, consigue sacar un rendimiento y a cambio, otra persona que, que está en disposición de construir, obtiene la posibilidad de hacerlo en un lugar donde no hay solar disponible, porque lo que hay, está ocupado sin agotar el aprovechamiento. El derecho de vuelo es un instrumento que contribuye, a ejecutar las previsiones del Plan de Ordenación Urbanística Municipal y facilita un incremento del parque de viviendas optimizando las previsiones urbanísticas. Por ello, el derecho de vuelo, permite, sobreedificar en zonas de urbanización consolidada que, por cambios en el planeamiento urbanístico, obtienen la posibilidad de un mayor volumen edificable sin que los propietarios de los edificios ya existentes tengan que movilizar recursos económicos para hacerlo. También facilita la construcción por etapas de las diversas plantas de un edificio o de los diversos edificios de un solar mediante la reserva correspondiente de vuelo, contribuyendo, a una financiación más adecuada de la obra.

Por otro lado, dos son los condicionantes, que han permitido el avance en la negociabilidad del derecho de vuelo, por un lado, la aparición de la propiedad horizontal, que flexibiliza el principio de accesión, al permitir, la existencia de propiedades privadas y propiedades comunes, y por otro lado, el desarrollo del derecho urbanístico, en lo que respecta al establecimiento de volúmenes de edificabilidad sobre un solar y la regulación de los usos del suelo. Ello ha determinado, que el derecho de vuelo, se haya convertido objeto de tráfico jurídico, más allá del suelo que lo sustenta.

---

<sup>119</sup> RDGDEJ de 1 de diciembre de 2010. (DOGC 13.01.2011).

### 6.3 La disociación jurídica del suelo. Los artículos 350 y 358 del CC.

El art. 350 CC se refiere al principio de que quién es propietario de un terreno, lo es también de su superficie y de lo que está debajo de ella, pudiendo hacer las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y en los reglamentos de policía. Este precepto en principio recoge el concepto romano de propiedad, entendiendo como tal que el propietario del terreno, podía disponer del mismo y de todo aquello que se encontrara por encima o debajo de él.<sup>120</sup> Esta concepción del derecho de propiedad considerado desde un punto de vista privatista,<sup>121</sup> se encuentra limitado por el art. 33 de la CE, que consagra la función social de la propiedad.

El citado art. 350 del CC, comprende el llamado *ius aedificandi* que permite al propietario del terreno levantar en la superficie o bajo ella una construcción. La doctrina entiende, que este derecho a edificar, puede concretarse no sólo sobre el espacio que representa la finca material, ya sea solar o edificio definido, sino también sobre el espacio o volumen edificatorio constituido por el vuelo el suelo y subsuelo.<sup>122</sup> En este sentido, el auge del derecho urbanístico, ha propiciado, que la edificabilidad entendida como aprovechamiento edificatorio, o volumen edificable, sea lo que se contemple como objeto y causa del contrato, y no la mera cabida superficial del suelo.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo. “Extensión del dominio en sentido vertical” *RCDI*, núm. 1 pgs.11 y ss. El derecho romano, consideraba que el terreno existente bajo la superficie, en cuanto necesario para su aprovechamiento tenía que tener idéntica consideración jurídica que el suelo. Posteriormente, se atribuye a los postglosadores, la afirmación de la extensión ilimitada del dominio en sentido vertical. Finalmente se produce una limitación de la extensión objetiva de la propiedad inmobiliaria de acuerdo con diversos criterios, entre los cuales puede destacarse los de Werenberg (hasta donde exija en uso ordenado y regular de las fincas), Ihering (hasta donde imponga el interés práctico del propietario) o Hesse (lo que reclamen las fuerzas o facultades humanas y la naturaleza de los objetos.)

<sup>121</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. Este autor entiende que “*los parámetros clásicos de la propiedad inmobiliaria, eran el individualismo exclusivista y el radicalismo en la accesión*”. Considera, que “*el derecho romano optó por radicalmente por la principalidad del suelo; pero ello fue decido más que nada por un móvil de seguridad jurídica, fundado en el temor a la extensión de los conflictos por invasiones de fundos. De ahí que se estableciera que la expansión vertical del derecho dominical sobre los predios comprendiera “usque ad coelum et infera”; y del modo más rígido y simplista, la adquisición por el propietario del suelo de toda edificación construida por otro sobre o bajo él*”. “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana.” *RCDI* núm. 672 julio-agosto 2002. Pgs3-4 /44. Id. Vlex: VLEX-328511.<http://vlex.com/vid/vuelo-subsuelo-urbano-dinamica-catalana-328511>

<sup>122</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. “*Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina Registral y Jurisprudencial*”. *op. cit.* pg. 270.

<sup>123</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones o negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana.” *op. cit.* pg.9/44.

Por otro lado, el art. 358 CC se refiere al principio de accesión a favor del propietario del suelo, al considerar que lo sembrado o edificado sobre el suelo, pertenece al propietario del mismo.

Ambos artículos, han llevado a la doctrina a plantearse si es o no posible la disociación jurídica de la propiedad entre distintos propietarios, es decir, que el vuelo o el subsuelo pueda pertenecer a un propietario distinto al del suelo. Algunos autores consideran que estos artículos son de carácter imperativo, y por tanto, los particulares no pueden derogarlos u obviarlos en virtud del principio de autonomía privada, sino que solamente pueden ser derogados en virtud de otra ley, y por ello en tanto en cuanto no se produzca tal derogación, son de obligada observancia. Sin embargo, la doctrina entiende que existen derogaciones al principio contemplado en el arts. 350 y 358, que constituyen disociaciones jurídicas de la propiedad, como son el derecho de superficie,<sup>124</sup> la propiedad horizontal,<sup>125</sup> y los derechos de sobreedificación y subedificación, también denominados derecho de vuelo y subsuelo.<sup>126</sup> Pero en modo alguno, estas derogaciones, deben entenderse como una disociación absoluta del dominio, sino que están establecidos de manera que no vulneran la vinculación de la propiedad inmobiliaria al suelo.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel. *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*. Centro Estudios Registrales. 2<sup>a</sup> edición año 2000. pg. 461. Esta autora entiende que: “Debe distinguirse el derecho de superficie de la propiedad superficiaria. El primero es el derecho real de tener y mantener en terreno o inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o de su mantenimiento. La propiedad superficiaria es el objeto básico de dicho derecho. Sin la existencia del mismo, el superficiario no estaría legitimado para realizar tal construcción.

*Otra cuestión es que el derecho de superficie posibilite la existencia de una propiedad superficiaria separada generalmente de carácter temporal. Y ello porque nace como una auténtica propiedad que concurre por su necesaria vinculación al suelo con la propiedad que otro sujeto tiene sobre dicho suelo, ya que ambas propiedades se encuentran en un plano de igualdad. La propiedad superficiaria separada puede ser objeto de tráfico jurídico independiente por su disociación del suelo pero siempre unido a su derecho de superficie del que trae causa”.*

<sup>125</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana”. *op.cit.* pg. 6/44. “Entiende esta autor, “que los edificios, ya sean realizados sin agotar su edificabilidad, en construcción, o incluso no iniciada materialmente ésta, están ligados al suelo que constituirá su elemento común aglutinante por el discutido principio de accesión, lo que vendría a demostrar que este sigue siendo necesario como punto de partida; pero en su mayor medida, el logro esencial de la fórmula se ha debido a su virtualidad para agrupar físicamente, y a la vez separar jurídicamente, como propiedades privativas, los distintos departamentos del edificio, liberándolos de la tradicional dependencia de las comunidades a la acción de división y a los retractos”

<sup>126</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*. Centro de estudios registrales. 1<sup>a</sup> edición año 2000. Pg. 53.

<sup>127</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*. *op cit.* pg. 245.

Otros autores,<sup>128</sup> además, señalan el art. 396 del CC, para establecer que no se puede disociar la propiedad del suelo de la propiedad de lo que sobre él o bajo él se haya construido o se vaya a construir, pues el suelo es un elemento común por naturaleza.<sup>129</sup> De ahí, entienden que la creación de un derecho de sobreelavación o vuelo desemboca en una situación de propiedad de casas por pisos, en el que el suelo es el elemento común, adquiriendo el titular o titulares de las plantas sobreelevadas su parte correspondiente en él a través del coeficiente de participación en los elementos comunes que se le atribuyen.<sup>130</sup>

#### **6.4 La pretendida alternativa del derecho de vuelo al contrato de cesión de finca.**

Parte de la doctrina, contrapone el derecho de vuelo como alternativa al contrato de cesión de solar por obra futura, considerando, que la situación del propietario del suelo, en estos casos sale fortalecida y protegida, al no desprenderse de la propiedad del suelo. Consideran que se pueden obtener los mismos resultados, con la utilización de la figura del derecho de vuelo.<sup>131</sup>

La doctrina, también propugna la diferencia entre el contrato de cesión de solar por obra futura y el derecho de vuelo, aunque reconocen que a veces presentan contornos difusos y conexos con el derecho de vuelo.<sup>132</sup> ALONSO PÉREZ, considera que la principal diferencia, es que en el contrato de cesión de solar por obra futura, el

---

<sup>128</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. *op.cit.* pg. 37.

<sup>129</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación.* *op. cit.* pg. 200. A este respecto, esta autora matiza estableciendo: “Es evidente que la Propiedad Horizontal provoca una disociación de la propiedad inmobiliaria en el sentido de que permite que, sobre un mismo solar, coexistan diferentes derechos de propiedad recayentes sobre diferentes partes del espacio cúbico delimitado a lo ancho y a lo largo por la superficie en metros cuadrados del solar.”

<sup>130</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. “Comentario al art. 358 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por D. Manuel Albaladejo. Tomo V, vol. 1º, Madrid 1990, pg. 335. También MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derecho de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial.* *op. cit.* pg. 111. Entiende este autor “Una de las cuestiones para nosotros indubitada es la de que el derecho de vuelo y subsuelo no lo podemos separar del régimen de propiedad horizontal. Sustenta esta afirmación el autor por un doble motivo legal. En primer término porque el art. 396 del CC regula el vuelo y el suelo (y por extensión el subsuelo), como elementos comunes anejos inseparables a la propiedad privativa de un piso. Por otro lado porque el propio Reglamento Hipotecario establece en su art. 16.2 como requisito esencial para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo en el Registro de la Propiedad, la concreción de las cuotas que correspondan a las nuevas plantas a edificar dentro de los elementos comunes o las normas para su determinación, así como las normas del régimen de comunidad, para el caso de hacerse la construcción.”

<sup>131</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudios del Derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación.* *op. cit.* pg. 359. Entiende esta autora: “Si la relación se encauza a través de un derecho de sobre o de subedificación se consigue la misma finalidad pero ofreciendo un justo equilibrio entre los intereses que concurren: el del propietario del solar y el del constructor”.

<sup>132</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial.* *op.cit* pg. 438

cesionario construye en suelo propio, y en el supuesto de derecho de vuelo, construye en suelo ajeno.<sup>133</sup> MATHEU DELGADO, ahondando en esta diferencia, añade que en los derechos de vuelo al no transferirse como en la permuta, la propiedad de la totalidad del solar, sino sólo el derecho a construir sobre o bajo el terreno y una parte alícuota del mismo, la comunidad sobre el suelo, nace al constituirse los derechos reales mediante escritura pública, naciendo una situación de prehorizontalidad<sup>134</sup>. Este autor en nuestra opinión defiende un concepto reducido del contrato de cesión de solar, actualmente superado en el sentido de que la transmisión de la propiedad del suelo es sólo una modalidad este contrato. Por el contrario, SERRANO CHAMORRO y MERINO HERNÁNDEZ, consideran, que el derecho de vuelo, es sólo una modalidad del contrato de cesión de solar.<sup>135</sup>

En nuestra opinión, esta última es la argumentación correcta, pues ninguna norma impide que se pueda ceder el vuelo, entendido como volumen edificable, mediante un contrato obligacional, ya que la constitución de un derecho de vuelo puede realizarse por transmisión a favor de un tercero, a título lucrativo o gratuito. En el supuesto de la transmisión en forma lucrativa, la contraprestación será la entrega de parte de los inmuebles edificados sobre el vuelo transmitido. Sin embargo, siguiendo a MEZQUITA DEL CACHO,<sup>136</sup> consideramos que conforme al art. 16 del RH es necesario que exista el soporte de una propiedad horizontal.

Por otro lado, el art. 1255 del CC, permite en virtud del principio de autonomía privada, que las partes puedan acordar y contratar respecto a todos los aspectos que no sean contrarios a la ley, a la moral y al orden público. Por tanto, la contratación sobre un derecho de vuelo, es ajustada a derecho, y puede ser objeto del tráfico jurídico. El derecho de vuelo, constituido por reserva del propietario del inmueble sobre el que recae y el que se transmite de forma gratuita, por ejemplo mediante donación, sería una relación de carácter real, mediante la constitución de un gravamen sobre una finca, y no una cesión de solar por obra futura. Por ello, entendemos, que siempre que exista una

---

<sup>133</sup> ALONSO PEREZ, M<sup>a</sup> TERESA. *La construcción en finca ajena. Estudios del Derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación. op.cit.* pg. 32

<sup>134</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derecho de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial op. cit.* pg. 442.

<sup>135</sup> SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> Eugenia. *Cambio de solar por edificación futura. op.cit.* pg. 182. También se pronuncia en este sentido MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *El contrato de permuta.* Editorial Tecnos. Madrid 1978. pg. 362

<sup>136</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. "EL vuelo y subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en..." *op. cit.* pg. 2/44.

contraprestación consistente en la entrega de obra futura, nos encontraremos ante una relación jurídica contractual, en la que la constitución del derecho de vuelo, como un derecho real constituido en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, deberá entenderse como una garantía a favor de las partes, por su oponibilidad a terceros.

Por su parte, la STS de 29 de abril de 2010,<sup>137</sup> califica como contrato de cesión de solar por obra, el intercambio del vuelo de un solar por construcciones a edificar, otorgándose la escritura de división horizontal.

### 6.5 Polémica doctrinal sobre la denominación del derecho de vuelo.

En cuanto a su denominación la doctrina no es pacífica, y aunque la denominación derecho de vuelo, es la más corriente, pues así se refiere el art. 396 del CC, otros autores prefieren denominarlo derecho de sobreedificación o subedificación, porque ambos expresan según la naturaleza y contenido de los derechos que definen.<sup>138</sup>

Otros autores, consideran más acertado los términos derecho de sobrevuelo o subsuelo pero prefieren denominarlo como derecho de elevación.<sup>139</sup> También hay autores, que prefieren el término derecho de vuelo que sobreedificación o

---

<sup>137</sup> STS, Sala 1ª de 29 de abril de 2010. Sentencia 263/2010, Recurso de Casación 1087/2006 (RJ 2010,4355). Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en el fundamento de derecho primero recoge: *“Todo ello parte del contrato en escritura pública de 14 de Enero de 1999 que modificando uno anterior en documento privado, es calificado por dicha sentencia y no discutido en la instancia ni en casación, como contrato de permuta del derecho de vuelo sobre el solar ocupado por un antiguo edificio que es derribado, propiedad de la entidad demandada y recurrida en casación Inmorevetllat, S.L, que transmite a la sociedad inmobiliaria, demandante en la instancia y recurrente en casación Camija S.L, que se obliga a entregarle, una vez finalizada la construcción, varios pisos, locales y plazas de aparcamiento, constituyéndose el régimen de propiedad horizontal. Esta última sociedad interpuso demanda, con una serie de pedimentos principales y subsidiarios, ampliada y rectificadora posteriormente cuando la obra no estaba totalmente terminada (lo estaba en un 65-70%) y ya se había constituido un estado de propiedad horizontal aún no formalizado en escritura pública. En cuanto interesa en este momento y respecto al recurso de casación se pidió en dicha demanda que se declarara ejercitado el derecho de vuelo y existente un estado de propiedad horizontal”*.

<sup>138</sup> FERNANDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio “Controversias del derecho de sobreedificación”. *RDPat*, 1998/I, pg. 99. También lo denomina así ALONSO PÉREZ, Mª Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. op.cit pg. 229. También ALONSO PÉREZ, Mª Teresa. “El crédito preferente de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y subedificación”. *RCDI*, Mayo-Junio 2001. Pg. 1026. Id. Vlex: VLEX-328187. <http://vlex.com/vid/328187> PÉREZ PÉREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*. pg. 464.

<sup>139</sup> DE LA IGLESIA MONJE, Mª Isabel. “Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio Jurisprudencial del derecho de elevación). *RCDI*, Año 2000, núm. 659, pg. 2004.



sobreelavación, porque a él alude el CC, y porque la palabra vuelo, no determina o predispone, ni acertada ni equivocadamente, su naturaleza jurídica.<sup>140</sup>

Algún autor lo ha denominado como supledificación vertical,<sup>141</sup> dado el carácter suplementario de sus dos modalidades, la construcción sobre o bajo el soporte inmobiliario que le sirve de base. Por nuestra parte, preferimos hablar de derecho de vuelo, como concepto tradicional y recogido en el CC, aunque como señala ZURITA MARTÍN,<sup>142</sup> esta cuestión de la terminología es de escasa utilidad práctica.

## 6.6 Regulación del derecho de vuelo en el Ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico común, apenas regula la figura del derecho de vuelo, pues ni lo define ni lo desarrolla. En este sentido, puede hablarse un derecho real atípico e innominado, porque tampoco figura denominado como derecho de vuelo.<sup>143</sup> El actual marco jurídico vigente aplicable al derecho de vuelo en el derecho común está compuesto por el art. 396 CC, que referencia al vuelo y suelo, como elementos comunes, y en lo que pudiera resultar de aplicación supletoria, sus concordantes referidos al régimen de la comunidad de bienes; el art. 12 de la LPH; el art. 16.2 del RH con los requisitos exigidos en la redacción de 1959; y el art. 8 del Real Decreto Legislativo 8/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo.<sup>144</sup> Sin embargo, la Ley 5/2006 de 10 de mayo del Libro quinto del CC, regula el derecho de vuelo en el art. 567.2, configurándolo como un derecho real sobre edificio o un solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suyas la propiedad de las nuevas construcciones.

---

<sup>140</sup> ZURITA MARTÍN, M<sup>a</sup> Isabel. “El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. A propósito de la STS de 24 de febrero de 2000, que anula el art.16.2 c) del Reglamento Hipotecario”. En Libro homenaje al profesor Celestino Cano Tello. *op cit.* pg. 455. También se pronuncia en este sentido, MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial. op.cit.* pg. 28. Este autor, precisa que el término derecho de vuelo, se refiere tanto al derecho de vuelo como el de subsuelo, y que es el comúnmente aceptado por la doctrina para referirse tanto a la posibilidad de ejercer el derecho a construir sobre el vuelo o a sobreedificar, como también se le conoce, como al derecho a subedificar o construir en el subsuelo.

<sup>141</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana”. *op cit.* pg. 31/44

<sup>142</sup> ZURITA MARTÍN, M<sup>a</sup> Isabel. El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. A propósito de la ST de 24 de febrero de 2000, que anula el art. 16.2 c) del Reglamento Hipotecario. *op cit.* pg. 455. En este sentido esta autora dice al respecto que: “La palabra vuelo, no determina o predispone, ni acertada ni equivocadamente su naturaleza jurídica”.

<sup>143</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial. op. cit.* pg. 105

<sup>144</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. Delimitación del concepto de Derecho de Vuelo y Subsuelo. Derechos de vuelo y subsuelo (Enero 2011) id. Vlex: VLEX-328182875 <http://vlex.com/vid/328182875>. Pg. 3.

También el Derecho Foral Navarro, reconoce el derecho de vuelo en las Leyes 435 a 442 de su Compilación de Derecho Civil.

El art. 16.2 RH regula la inscripción del derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio, o realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo las edificaciones resultantes. En relación a lo anterior, en un principio, el derecho de vuelo, necesitaba la existencia previa de un edificio, pero la Jurisprudencia fue evolucionando e interpretando la posibilidad de constituir un derecho de vuelo sobre un solar sin edificar. En este sentido, la RDGRN de 6 de febrero de 1986,<sup>145</sup> ya admitió la inscripción de un derecho de vuelo sin edificio base, si bien la RDGRN de 5 de abril de 2002<sup>146</sup>, admitió respecto de un Ayuntamiento la inscribibilidad de una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo el suelo de carácter público previamente desafectado como bien demanial. En esta resolución, se considera la existencia de un derecho de vuelo, sin edificio base que lo sustente. Por su parte las SSTs de 31 de octubre de 1980<sup>147</sup> y 24 de octubre de 1983,<sup>148</sup> también admitieron la posibilidad de la constitución de un derecho de vuelo sobre un solar.

La doctrina<sup>149</sup> también admite la creación de un derecho de vuelo sobre un solar sin edificar. En este sentido, se ha planteado la posibilidad de obtener un derecho de propiedad separada y perpetua sobre un edificio levantado directamente sobre o bajo el suelo ajeno, en la que el edificante, conserva la propiedad sobre lo construido, y a la vez el propietario de la finca mantiene su titularidad sobre la finca. La razón fundamental para que esta situación sea viable, es la de constituir una comunidad sobre el suelo.<sup>150</sup>

---

<sup>145</sup> RDGRN de 6 de febrero de 1986. (BOE 28.02.1986).

<sup>146</sup> RDGRN de 5 de abril de 2002. BOE (30.05.2002). También acogen este criterio las RRDGRN de 24 de febrero de 2007, (BOE 04.04.2007), 26 de febrero de 2007, (04.04.2007), y la de 27 de febrero de 2007, (BOE 04.04.2007).

<sup>147</sup> STS de 31 de marzo de 1980. (RJ 1980,1233)

<sup>148</sup> STS de 24 de octubre de 1983. (RJ 1983,5340)

<sup>149</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación. op cit.* pg. 350 y 357. “Como conclusión, cabe decir que, aunque la constitución de los derechos de sobre o de subedificación sobre o bajo fincas sin edificar origine situaciones cuya articulación jurídica resulta difícil o complicada en cuanto que no se amoldan perfectamente a las figuras que, para disociar la propiedad inmobiliaria, arbitra el Ordenamiento jurídico-privado común dicha articulación jurídica es posible. Por lo cual hay que admitir la posibilidad de constitución de estos derechos sobre o bajo fincas sin edificar”. También se pronuncia en este sentido, BALLESTEROS ALONSO, Manuel. “Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación”. *RCDI*, 1992. Pg. 2073. En contra SOTO BISQUERT, Antonio. “El derecho de vuelo”. *RCDI* núm. 485 julio-agosto 1971. pg. 933. DOMENGE AMER, Bartolomé. *El derecho de sobreedificación y subedificación*. Editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983. Pg. 170.

<sup>150</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación. op cit.* pg. 362. Esta autora, entiende que la única norma

En relación al derecho de vuelo constituido sobre un edificio, la doctrina, distingue entre edificio construido, en construcción y meramente proyectado. La doctrina,<sup>151</sup> actualmente, admite la posibilidad de constitución de un derecho de vuelo en un edificio proyectado, alegando para ello, lo establecido en el art. 8.4 relativo a la prehorizontalidad, y la posibilidad de inscribir como una sola finca bajo un mismo número los edificios cuya construcción esté comenzada. Esto, lo avala el art. 16.2 del RH, cuando se refiere a la posibilidad de inscribir el derecho de vuelo y subsuelo conforme al art. 8 de la LPH y sus concordantes.

Por su parte, la STS de 29 de abril de 2010,<sup>152</sup> acoge también esta posibilidad, al declarar el acceso al Registro de la Propiedad mediante la prehorizontalidad del art. 8.4 de la LH, de un inmueble en construcción, en el que el propietario del suelo, había cedido el derecho de vuelo a una constructora para edificar inmuebles. La constructora se opuso, alegando, que la obra no se encontraba todavía terminada, y que por tanto no podía constituir la Propiedad Horizontal, a lo que el Alto Tribunal, responde en el sentido de entender que existe de hecho una comunidad entre ambas partes que puede

---

*imperativa que en estos casos debe acatarse es la del art. 350 y 358, por tanto es necesario que se forme una comunidad sobre el suelo, ya sea al inicio o al ejercitarse el derecho. Distingue dos momentos, el primero tras el ejercicio del derecho, entiende esta autora que se produce una situación similar a la de constitución por reserva, de una relación de sobre o de subedificación con transmisión inicial de una cuota de suelo a favor del primitivo único propietario de la finca. Por ello, para articular esta situación tendremos que acudir a lo dicho sobre esta fase de relación de sobre o de subedificación con transmisión inicial de una cuota de suelo: en este caso, las posibilidades que existían de cara a regular esta situación era aplicar la normativa de la Propiedad Horizontal, o encajarla en el supuesto de hecho del art. 398.4 del CC". En la fase de antes de ejercicio del derecho, entiende esta autora que siendo la transmisión de la cuota de suelo futura, la situación es la de existencia de un derecho real que grava el solar sin edificar ajeno. Si la transmisión de la cuota de suelo se produce ab initio, en este momento la situación es compleja y puede intentarse la aplicación de la normativa de la Propiedad Horizontal, pero ante los recelos que, probablemente, suscitará entender aplicable esta normativa, acaso sea preferible incardinar la situación en el supuesto de hecho del art. 398.4 del Código Civil.*

<sup>151</sup> SOTO BISQUERT, Antonio. "El derecho de vuelo" *op cit.* pg. 934. Más recientemente MATHEU DELGADO, José Arturo. *op. cit.* pg. 177. Entiende este autor: "Por lo tanto, la posibilidad de constituir un derecho de vuelo y subsuelo sobre edificio en construcción debemos dejar sentado que subsistía desde la regulación de la figura por la modificación del RH de 1959, bastando el mero inicio de las obras, de las cuales se tuviera el correspondiente proyecto y licencia de obras, aunque sólo fuere poniendo unos muros ladrillos para entender comenzada la construcción del edificio."

<sup>152</sup> STS, Sala 1ª de 29 de abril de 2010. Sentencia 263/2010. Recurso de Casación 1087/2006 (RJ 2010,4355). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en su fundamento de Derecho Segundo dice: "Aunque lo habitual es que el otorgamiento de escritura pública como título constitutivo de la propiedad horizontal se lleve a cabo cuando el edificio esté ya terminado, nada impide que se otorgue cuando no lo esté, tanto más cuanto en el presente caso, ya se había constituido un estado de propiedad horizontal aún no declarada mediante la escritura de división en régimen de propiedad horizontal, pero ya se preveía en la escritura de permuta. Es lícita y permitida por la Ley Hipotecaria la constitución y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad del régimen de propiedad horizontal de un edificio en construcción. Es la situación que se ha llamado de "prehorizontalidad" como estadio preparatorio de la propiedad horizontal, que surgirá definitivamente cuando la construcción esté terminada."

acceder al Registro en virtud de lo establecido en el art. 8.4 de la LH. En cuanto al supuesto de edificio proyectado, la doctrina entiende que puede constituirse un derecho de vuelo sobre un edificio meramente proyectado, e inscribirse en situación de prehorizontalidad en el Registro de la Propiedad en virtud de lo establecido en el art. 8.4 de la LH, siempre que exista un proyecto técnico, debidamente firmado por técnico competente, y licencia administrativa de construcción, aunque las obras no se hayan iniciado.<sup>153</sup>

## 6.7 Naturaleza jurídica del derecho de vuelo.

En cuanto a su naturaleza, la doctrina tampoco tiene una opinión unánime, puesto que hay autores que consideran que el derecho de vuelo es un derecho de propiedad,<sup>154</sup> que permite a quien lo ostenta edificar y adquirir la propiedad de lo construido, ejercitando una facultad dominical y formándose una comunidad del suelo desde que se constituye el derecho.<sup>155</sup>

Sin embargo, hay autores que rechazan este planteamiento, pues entienden que la relación por la que se concede a un individuo la posibilidad de edificar en finca ajena reteniendo la propiedad de lo construido, y adquiriendo una cuota de solar en el momento de ejercitar el derecho, no puede ser considerado derecho de propiedad, porque los particulares no pueden derogar, los arts. 350 y 358 del CC, que impiden la disociación del dominio.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derecho de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial. op. cit.* pg. 183.

<sup>154</sup> ZURITA MARTÍN, Isabel. “El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa” (A propósito de la STS de 24 de Febrero de 2000, que anula el art. 16.2 c) del Reglamento Hipotecario). *Libro Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello.* pg. . También SOTO BISQUERT, Antonio. *RCDI* núm. 485. julio-agosto 1971. *op. cit.* pg. 8 mantiene este autor: “En definitiva, que el derecho de vuelo no es más, ni tampoco menos, que la propiedad del vuelo del inmueble perteneciente a distinto titular de éste. No veo la posibilidad de distinguir, como hace Roca, las dos fases del derecho de construir y propiedad de lo edificado. ¿Por qué el mero hecho de poner unos ladrillos determina que el derecho a construir se convierta en un derecho de propiedad?. Creo más lógico entender que el derecho de propiedad existe desde el primer momento, propiedad del espacio aéreo, y que lleva normalmente consigo la facultad de construir, pero como tal facultad del dominio.”

<sup>155</sup> ALONSO PEREZ. M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación. op.cit.* pg. 246.

<sup>156</sup> ALONSO PÉREZ. M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación. op.cit.* pgs. 248 y 249 “Supongamos que, en efecto, la constitución de un derecho de sobre o de subedificación con transmisión futura de una cuota de suelo implica la transmisión de un derecho de propiedad sobre el espacio inferior o superior a la finca sobre la que se constituye. Nos encontraríamos sin duda, ante una derogación voluntaria de lo dispuesto con carácter imperativo en los artículos 350 y 358 del Código Civil, ya que el propietario del suelo no sería propietario de lo que se encuentra encima o debajo del mismo, es decir, del espacio vacío cuya

Por el contrario, la mayor parte de la doctrina, considera que el derecho de vuelo es un derecho real limitado,<sup>157</sup> que permite la edificación y la adquisición de lo edificado en el ejercicio de este derecho, en el que la primera fase tendría una naturaleza medial, orientada a la segunda, que podría calificarse de plenitud.

También hay una tercera posición que lo define considerando la situación completa y objetiva, una vez realizada la obra por el titular del derecho, por lo que entiende que existe una comunidad ordinaria entre el propietario del edificio primitivo y el titular del derecho de vuelo. Sin embargo, el derecho de vuelo, puede configurarse también mediante la transmisión de una cuota del solar, formando una comunidad sobre el suelo, desde que se constituye la relación.<sup>158</sup> En este caso, algún autor entiende que si puede hablarse de un derecho de propiedad sobre el vuelo, en proporción al suelo adquirido.<sup>159</sup> En este sentido, la doctrina, habla de dos especies de derecho de vuelo<sup>160</sup> en relación a la posibilidad de configuración, bien mediante la transmisión al titular de una

---

*propiedad correspondería a la otra parte de la relación.” Añade esta autora, “Ahora bien pese a lo dicho, los particulares pueden pactar una derogación del principio contenido en el artículo 350 del CC, siempre y cuando esa derogación se encuentre dentro de los límites que la Ley del Suelo establece para el derecho de superficie. Entre esos límites de la disociación que supone el derecho de superficie interesa ahora destacar el que implica la necesidad de que exista la construcción para afirmar la disociación de la propiedad inmobiliaria. Por lo tanto, en la medida en que un límite legal de la derogación de esos preceptos es la existencia de una construcción, no puede admitirse que los derechos de sobre y de subedificación con transmisión futura de una cuota del suelo, otorguen a su titular en el momento anterior a la construcción un derecho de propiedad sobre el espacio vacío inferior o superior al solar.”*

<sup>157</sup> ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis. “El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento. Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones.” RCDI número 664. marzo-abril 2001. pgs. 681-717. Id. Vlex: VLex- 328170 [http:// vlex.com/vid/328170](http://vlex.com/vid/328170). “Se ha sostenido también que para la correcta configuración de este derecho, es oportuno distinguir en su operatividad una doble fase: una primera, cuya esencia se cifra en facultar a su titular para realizar una construcción-sobrelevación- en edificio ajeno; y después, una vez realizada la anterior, en el sometimiento de ésta a un mismo régimen – el de la propiedad horizontal- junto con la edificación preexistente, con la que pasa a formar una unidad orgánica.”

<sup>158</sup> PÉREZ PÉREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles.op. cit.* pg. 470.

<sup>159</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación.op. cit.* pg. 267. Entiende la autora: “De tal manera que, en la medida en que se afirma que la propiedad del suelo implica la del espacio vacío que lo circunda, entiendo que ha de admitirse que el titular de un derecho de sobre o subedificación a quién se le transmite ab initio una cuota del solar, es propietario del espacio vacío inferior o superior-según el caso- a la finca ya existente sobre la que se constituye su derecho.” Por el contrario MATHEU DELGAGO José Arturo. *Derecho de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial. op. cit.* pg.63. Entiende que: “en el derecho de vuelo, la ajeneidad debe darse siempre, aunque sea parcialmente: El titular del derecho de vuelo o subsuelo nunca debe ser, al menos en su totalidad el dueño de la finca sobre la que va a ejercer tales derechos; lo contrario no es sino el ejercicio por el propietario de sus facultades dominicales.

<sup>160</sup> PÉREZ PÉREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles. op. cit.* pg. 470.

cuota del suelo desde el primer momento, o retrasar la transmisión de la cuota del suelo correspondiente al momento en que se ejercita el derecho.<sup>161</sup>

En el primer caso nos encontraremos ante una especial relación de comunidad, entre el propietario del suelo y el titular del derecho, pues cada uno de ellos tiene la propiedad de una cuota del suelo; en el segundo caso, nos encontraremos ante un derecho *in re aliena*, que permitirá al titular del derecho adquirir una cuota del suelo proporcional a lo edificado en el momento en que ejercite el derecho. En ambos casos, tiene trascendencia jurídico-real y la adquisición de la propiedad de lo construido se realizará por accesión.

El derecho de vuelo puede constituirse por reserva del propietario del inmueble o por transmisión del mismo, conforme a los medios admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a la comunidad de PH como a terceros ajenos antes de la constitución de la PH o constando su reserva así mismo que luego se enajena. DE LA IGLESIA MONJE,<sup>162</sup> distingue varias fases en el desarrollo del derecho de vuelo, una primera de reserva actual de la propiedad, una segunda de derecho real sobre cosa ajena, y una tercera de concurrencia de titularidades.

En nuestra opinión, el derecho de vuelo como instrumento para ejecutar un contrato de cesión de solar por obra futura, es un supuesto de negociabilidad de un derecho real que solo podrá constituirse por medio de transmisión a un tercero o a la propia comunidad de propietarios.

Especial relevancia tiene a nuestro juicio el supuesto de la llamada propiedad horizontal de hecho, cuya existencia admite el art.2 de la Ley de Propiedad Horizontal<sup>163</sup> según la redacción dada por la Ley 8/1999 de 6 de abril, que reformaba la

---

<sup>161</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. “El crédito preferente de cambio de solar por edificación futura contemplado en el art. 13 del Reglamento Hipotecario: Los derechos de sobre y de subedificación”. *RCDI* núm. 665. mayo-junio 2001. pgs. 1021-1078. Id. vLex: VLEX 328187 <http://vlex.com/vid/328187>.

<sup>162</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel. “Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del derecho de elevación). *op.cit.* pg. 2004.

<sup>163</sup> El art. 2 de la LPH de 6 de abril de 1999 establece: Esta Ley será de aplicación:

a) A las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo dispuesto en el art. 5.  
b) A las comunidades de propietarios que reúnan los requisitos establecidos en el art. 396 del CC y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. Estas comunidades se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

Ley 49/ 1960 sobre Propiedad Horizontal. El problema se plantea porque en la Propiedad Horizontal de hecho, no existen cuotas establecidas en cuanto a la participación de los comuneros en los elementos comunes, y en el sostenimiento de los gastos. La cuestión se basa en el modo de establecer las cuotas de los pisos a edificar en virtud del derecho de vuelo. En este sentido, se pronunció la STS de 23 de octubre de 2007<sup>164</sup>, en la que el Alto Tribunal, se decantaba por la atribución a todos los propietarios de cuotas a partes iguales. La doctrina por su parte<sup>165</sup>, considera aplicable a estos supuestos, la Ley de Propiedad Horizontal, por analogía. En cuanto al supuesto de la facultad de disposición del derecho de vuelo, en este tipo de comunidades, sin título constitutivo, la doctrina considera necesario la adopción del acuerdo por unanimidad, conforme al art. 398 del CC, que establece este criterio para las comunidades de bienes.<sup>166</sup>

Consideramos que en relación a la naturaleza del derecho de vuelo, desde la perspectiva del contrato de cesión de solar, hay que distinguir dos posibilidades: la cesión en propiedad de una cuota del suelo al cesionario y la cesión de la edificabilidad, es decir del *ius aedificandi* al cesionario permaneciendo el suelo como propiedad del cedente. En ambos casos, la instrumentalización jurídica de la edificación se llevará a cabo mediante la constitución de un derecho de vuelo o subsuelo, esto permitirá al cesionario poder organizar, dirigir y edificar la obra sobre un suelo que en principio es en su totalidad o al menos parte del cedente. Pero la naturaleza jurídica del derecho será diferente. Así, entendemos:

- a) Cuando nos encontramos ante una cesión en propiedad de una cuota de suelo a favor del cesionario, la naturaleza jurídica de este derecho, será la de un derecho de propiedad en proporción a la cuota de suelo que ostenta, porque el

---

c) A los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta Ley.

<sup>164</sup> STS de 23 de octubre de 2007 (R/J 2007,7408). En su fundamento de derecho tercero dice: “... sino la de que la concesión del vuelo ha de hacerse por todos los propietarios del inmueble por ser aquél un elemento común del edificio, y que el consentimiento tácito de los adquirentes de las viviendas no es suficiente, dada la indisponibilidad institucional o aislada de los elementos comunes”.

<sup>165</sup> ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis.: “Sobre elevación de edificios: requisitos para su constitución como derecho autónomo, y duración del mismo en caso de perecimiento del edificio gravado. Comentario a la sentencia del TS de 23 de octubre de 2007” *RDPat*. Número 21. 2008-2; pgs. 331 a 346. Este autor considera: “Esto último era cuando menos indudable, pero aún admitiendo que sin otorgamiento formal de título constitutivo no podía hablarse de propiedad horizontal en sentido estricto, y por tanto que la Ley específica sobre la misma no les era aplicable de forma directa, no cabía tampoco dudar que, a falta de otras normas más directas, las contenidas en esa Ley les serían de aplicación por analogía al ser las más cercanas.”

<sup>166</sup> MORGADO FREIGE, Pilar. “El derecho de vuelo y subsuelo en la propiedad Horizontal de Hecho.” [www.uma.es/derecho-de-la-edificacion/info/33003/morgado-vuelo/](http://www.uma.es/derecho-de-la-edificacion/info/33003/morgado-vuelo/) (consultado 27.10.2012)

cesionario está edificando sobre un inmueble del que también es en parte propietario, formando una comunidad sobre el solar.

b) En el supuesto de que se ceda sólo la edificabilidad en su totalidad, perteneciendo la propiedad del suelo al cesionario, aparentemente puede pensarse que existe una disociación temporal del dominio, pero atendiendo a lo establecido en el art. 350 CC, que no permite la disociación absoluta del suelo en relación a lo construido y la caracterización que como elemento común efectúa del suelo, tendrá la naturaleza de un derecho real *in re aliena*.

## **6.8 La inscripción registral del derecho de vuelo.**

En el contrato de cesión de solar por obra futura, a ambas partes contractuales, les interesará el acceso al Registro de la Propiedad de la operación instrumentalizada como derecho de vuelo. Las ventajas que existen son por parte del cedente, porque podrá inscribir su derecho sobre los pisos futuros, que le proporcionará una seguridad y protección jurídica frente a terceros completa. En relación con el cesionario, porque querrá asegurar y garantizar su inversión futura, salvaguardándola de posibles disposiciones del solar a favor de terceros por parte del cedente así como de embargos e hipotecas futuras del cedente.

Para su constancia registral es necesario que se cumplan además de los principios hipotecarios, como es el de especialidad y también los requisitos previstos en el art. 16.2 del RH, relativos a la inscripción del derecho de vuelo que vamos a analizar.

### **6.8.1. El principio hipotecario de especialidad.**

Los principios hipotecarios, son las reglas más generales de la legislación hipotecaria española, que están formuladas directamente o bien se obtienen por inducción de sus preceptos, que dan a conocer las líneas generales, denominándolo ideas fuerza de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>167</sup> Entre estos principios, y en relación con el derecho de vuelo y subsuelo, adquiere gran importancia, el derecho de especialidad o determinación, que se define como aquel principio hipotecario en virtud

---

<sup>167</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. José María Bosch editor S.A. Barcelona. Reimpresión 1990. 2ª Edición



del cual todos los elementos de la publicidad inmobiliaria, la finca, el derecho, el titular, el título y el asiento, están sujetos a la idea de claridad, de tal modo que han de estar perfectamente identificados y clarificados.<sup>168</sup> Llegándolo a calificar algún autor,<sup>169</sup> como el sustrato de todos los principios hipotecarios, rogación, tracto sucesivo, legalidad legitimación registral, presunción de exactitud, prioridad y fe pública registral. El principio de especialidad, viene recogido en el art. 9 de la LH y en el art. 51 del RH. Ambos preceptos, vienen a recoger, las circunstancias que han de contener las inscripciones registrales. En relación a la inscripción de los derechos reales, que no vengán expresamente regulados por ley, sino que pueden ser creados por los particulares, dado el sistema de *numerus apertus*, que existe en nuestro sistema hipotecario, este principio adquiere una importancia mayor en tanto en cuanto, la determinación de todas las circunstancias y la extensión del mismo, van a ser fundamentales, para la protección de los terceros. El derecho de vuelo y subsuelo, no va a ser ajeno pues, a esta trascendencia del principio de especialidad o determinación.

#### **6.8.2 Requisitos para la inscripción del derecho de vuelo.**

El derecho de vuelo y subsuelo, apenas está regulado en el ordenamiento jurídico común. La regulación más extensa es aquella que se hace de los requisitos para su inscripción en el Registro de la Propiedad recogidos en el art. 16.2 del RH.<sup>170</sup> Aún así, este precepto, no respondía perfectamente a las demandas de Notarios y Registradores de la Propiedad, que entendían que el citado precepto, no se adecuaba al principio de especialidad que ha de regir la inscripción de los derechos reales. Entendían, que el artículo adolecía de defectos que ponían en entredicho la eficacia de la inscripción de este derecho real, en tanto en cuanto, no exigía un grado de determinación tal, que produjera la protección de terceros, en el sentido de dar a conocer, todo lo relativo, en cuanto al plazo para realizar la construcción y al número de plantas que se permite

---

<sup>168</sup>GARCÍA GARCÍA, J.M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo III. Calificación, tracto especialidad y otros principios*. Ed. Cívitas. 2002. 1ª Edición pg. 1471

<sup>169</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María. *El principio de especialidad registral*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid 2005, pp. 16-21.

<sup>170</sup> El art. 16.2 del RH de 1959, disponía que: “*El derecho elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario o en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del art. 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:*

- a) *Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plazas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.*
- b) *Las normas de régimen de comunidad, si se establecieron, para el caso de hacerse la construcción.*

edificar. Estos aspectos, resultaban de todo punto importantes, ya que al encontrarnos ante una figura jurídica que gravaba un inmueble y restaba facultades al propietario del mismo, debía constituirse de tal manera, que no hubiese dudas respecto al alcance y contenido del mismo. Por ello, mediante R/D 1867/1998 de 4 de septiembre, se modificó el art. 16.2 del RH, para adecuar el derecho de vuelo al principio registral de especialidad<sup>171</sup>. El citado artículo en su nueva redacción exigía para la inscripción del derecho, la determinación concreta del número máximo de plantas a construir y el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años, de manera que se impedía el acceso al Registro, de los derechos que no establecieran el número de plantas y el plazo máximo de ejercicio. DIAZ FRAILE,<sup>172</sup> se muestra a favor de esta reforma, porque considera que la misma, era congruente con la estructura de los derechos reales, la prohibición de gravámenes perpetuos así como cualquier otra forma de vinculación de propiedad, y además, el establecimiento de un plazo, era la opinión más extendida entre los autores y la Jurisprudencia registral.

Sin embargo la sentencia del TS de 24 de febrero de 2000,<sup>173</sup> anuló el apartado c) porque entendía que la limitación temporal en cuanto a la duración del derecho,

---

<sup>171</sup> El art. 9 de la LH enuncia el principio de especialidad, que se complementa con lo establecido en el art. 51 del RH, que establece, los requisitos para el acceso al Registro de los derechos inscribibles. El principio de especialidad, está relacionado con la necesidad de dar claridad a las inscripciones registrales.

<sup>172</sup> DIAZ FRAILE, Juan María. “Comentario a la Sentencia del TS de 24 de febrero de 2000 por la que se anulan diversos artículos del RH” *RCDI* núm. 665. Año 2001. pg. 2000.

<sup>173</sup> STS de 24 de febrero de 2000. Sala 3ª. (RJ 2000,2888). En su fundamento cuarto de la sentencia se dice: “Entrando ya a analizar los preceptos concretos impugnados, nos ocuparemos en primer lugar del art. 16.2 del que los recurrentes afirman está en abierta contradicción con el art. 1255 del CC en cuanto, sostienen, introduce una limitación temporal para el ejercicio del derecho de vuelo al disponer que su duración no podrá exceder de diez años para tener acceso al Registro de la Propiedad.

Aún cuando pueda estimarse como cierto que el precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder y beneficiarse de la publicidad registral, así como que tampoco afecta al principio de libertad de pactos contenida en el art. 1255 del CC, ya que lo dispuesto en el precepto impugnado no impide en absoluto que pueda pactarse un derecho de vuelo con una duración superior a diez años, no lo es menos que, al establecerse como requisito para que tal derecho acceda al Registro de la Propiedad que el plazo máximo para su ejercicio tenga una vigencia no superior a diez años, de alguna manera se está alterando su alcance y eficacia frente a terceros, puesto que los derechos reales tienen acceso al Registro de la Propiedad sin limitación de tiempo por imperativo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario, cuando se trate de derechos reales o de cargas y limitaciones del dominio, el derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios o copropietarios de inmuebles que no son partícipes del mismo, que conste su inscripción para que surta efectos frente a terceros. Por esta razón, aun reconociendo que el principio de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, una limitación del tipo de la que se pretende en el art. 16 del Reglamento Impugnado en relación con el derecho de vuelo debe necesariamente venir establecida por Ley al afectar a lo dispuesto en el precepto mencionado de la Ley Hipotecaria, así lo demuestra el hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia Ley, en este caso en el art. 114 de la misma. Podrá sostenerse, como decimos que no se afecta con el precepto impugnado el contenido del derecho de vuelo ni de libertad de pacto, pero no es menos cierto que al

debería haberse realizado mediante ley, y no mediante una norma de rango inferior, pues contradice lo establecido en el art. 1 de la LH, que no establece ningún tipo de limitación para acceder al Registro de los derechos reales. Ello no significa, que no pueda pactarse un derecho de vuelo por tiempo superior a diez años, lo que ocurre, es que altera su alcance y eficacia frente a terceros.<sup>174</sup> Esto es así porque la inscripción registral del derecho de vuelo, no es de carácter constitutivo,<sup>175</sup> no tiene que otorgarse en forma solemne, siendo su inscripción voluntaria, con objeto de obtener su titular, la debida protección frente a terceros.<sup>176</sup> Sin embargo, hay autores, que entienden que la

---

*limitar la posibilidad de acceso al Registro, en contra de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley Hipotecaria que no establece limitación alguna condicionando así su eficacia frente a terceros, supone en definitiva el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley.*”

<sup>174</sup> ZURITA MARTIN, Isabel. “El derecho de vuelo y los principios de especialidad”. *op.cit.* pg. 478. Entiende esta autora: “Verdaderamente, la eficacia de un pacto más allá del límite establecido por el art.16.2 c) quedaría bastante reducida puesto, que piénsese en que, en la mayoría de las ocasiones, cuando se reserva un derecho de vuelo sobre un edificio que se va a constituir en régimen de propiedad horizontal, los titulares de los departamentos privativos que adquieran con posterioridad a la constitución de dicho régimen serán terceros respecto al pacto entre los primitivos constituyentes. Por ello, en la media en que no les afecta el derecho de vuelo sino las condiciones inscritas, podrán oponerse ala ejecución de la elevación del edificio transcurrido el plazo de diez años permitidos.” Por su parte, ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación.* *op. cit.* pg. 335, entiende en relación a los requisitos del art. 16.2 del RH: “El resto de las menciones que se exige que consten en la inscripción registral de los derechos de sobre y subedificación no creo que sea necesario que consten en el Registro para la seguridad del tráfico jurídico-inmobiliario, ya que son determinables, ya sea en base al dato de la extensión objetiva de la sobre o subedificación -como las cuotas en las partes y gastos comunes- ya sea en base a la normativa urbanística -como ocurre con el número de plantas a construir.”.

<sup>175</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles; DELGADO ECHEVARRIA, Jesús. *Las nulidades de los contratos, en la teoría y en la práctica.* Editorial Dykinson S.L, Madrid 2005. “La forma legal escrita, cumple una función constitutiva denominándose forma ad solemnitatem o ad substantiam, constituyendo un elemento esencial del negocio cuya falta produce la nulidad de éste, en los casos en que viene exigida la forma por una norma.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco. *Elementos de derecho civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral.* *op.cit.* pgs. 107-108. Señalan estos autores: “La Inscripción constitutiva es aquella a merced de la cual queda perfeccionada la transmisión o constituido el derecho real limitado. En nuestro Derecho, la transmisión, constitución de los derechos reales por negocios jurídicos, ocurre, en principio mediante título y modo, sin necesidad de llevar al Registro el documento que le sirve de base. Por consiguiente, la regla general es la inscripción meramente declarativa; La excepción para ciertos supuestos, la constitutiva.”

<sup>176</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencia.* *op.cit.* pg. 213. “Hoy en día el precepto citado (se refiere al art. 16.2 RH) ha venido a establecer no un requisito de existencia de los derechos citados de vuelo y de subsuelo, sino un presupuesto de oponibilidad del mismo frente a terceros ya que el artículo reza literalmente “será inscribible..”, lo que parece decirnos que se podrá inscribir, pero si no se hace, no por ello el derecho de vuelo y subsuelo no tiene por qué no haberse constituido formalmente y existir para el mundo del derecho.” También consideran el carácter no constitutivo de la inscripción registral del derecho de vuelo, SOTO BISQUERT, Antonio. “El derecho de vuelo” *op.cit.* pg. 949, NAVARRO VIÑUALES, José María. “El derecho de vuelo. El derecho de superficie” *Instituciones de Derecho Privado.* Tomo II. Volumen 2º, Consejo General del Notariado, Editorial Civitas, S.L 2003 pg. 26. ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho Hipotecario: Dinámica Registral*, 8ª edición. Ed. Bosch, Barcelona 1997. 9ª Edición. 2008 con Berna I Xirgo Joan. pg. 511. Sin embargo, algunos de estos autores, ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. *op. cit.* pg. 326-334 consideran que es necesario que de *lege ferenda*. tenga carácter

inscripción registral del derecho de vuelo, es de carácter constitutivo.<sup>177</sup> DIAZ FRAILE,<sup>178</sup> se ha mostrado muy crítico con la STS de 24 de febrero de 2000, que anula el apartado c) del art. 16.2 del RH, y entiende que, el art. 16 del RH, no constituye una regulación independiente de la LH y ésta, no establece un plazo independiente para los derechos reales típicos, pero el derecho de vuelo por el principio de especialidad como todos los derechos reales tengan una temporalidad. Además, tacha la Sentencia de incongruente e inconsistente, porque al reconocer ésta, que el derecho de vuelo, es un derecho real, entiende este autor, que parece necesario establecer un plazo de duración del derecho y también porque reconocía que su establecimiento no suponía una vulneración del principio de libertad de pactos del art. 1255 del CC.

La Jurisprudencia por su parte, declara también el carácter no constitutivo de la inscripción del derecho de vuelo, en la STS de 23 de febrero de 1993.<sup>179</sup> En esta sentencia, el Alto Tribunal, declara haber lugar a la cancelación de la inscripción registral de un derecho de vuelo, por no cumplir los requisitos establecidos para la inscripción, pero a su vez, confirma que esta cancelación no obstaculiza la pervivencia del derecho de vuelo.

---

constitutivo pues el principio de especialidad registral de la LH determina que el art. 16.2 que desarrolla la Ley, exija la inscripción registral de estos derechos. También en este sentido, se pronuncia NAVARRO VIÑUALES, José María. “El Derecho de vuelo. El derecho de superficie”. *op. cit.* pg. 671-726.

<sup>177</sup> CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen. *Derecho de la construcción y la vivienda*. Editorial Dilex S.L, 5ª edición, Madrid, 2008.

<sup>178</sup> DÍAZ FRAILE, Juan María. “Comentario a la Sentencia del TS de 24 de febrero de 2000, por la que se anulan diversos artículos del RH”. *RCDI* núm. 665. mayo-junio 2001. pg. 2001 entiende el autor que: “Y es que el único apoyo argumental de la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo consiste en la existencia de una pretendida confrontación o contradicción que, a juicio del órgano sentenciador, se produce entre el citado apartado y el artículo 1º de la Ley Hipotecaria, precepto que no establece límites temporales a la publicidad registral de los derechos reales, por lo que el novedoso plazo máximo de diez años que fija el Real Decreto 1867/1998, al derecho de vuelo, supone un condicionamiento a su eficacia frente a terceros, lo cual supone, en definitiva, el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley. Este razonamiento, no se puede compartir.”

<sup>179</sup> STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 1993, Sentencia 140/1993. (RJ 19931223). Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, que en el fundamento tercero de la sentencia dice: “La acogida del motivo primero del recurso exime del análisis de los dos restantes porque la sentencia de la Audiencia ha de ser casada y anulada, y revocada la de primera instancia, confirmada por aquélla, absolviendo a los demandados de las peticiones de la demanda por las razones que han quedado expuestas en el fundamento de derecho anterior, excepto la referente a la cancelación de la constancia en el Registro de la Propiedad del derecho de vuelo a favor del piso 2º, en cuanto que no se ha practicado con los requisitos que exigía desde su reforma por Decreto de 17-3-1959 el apartado 2º del artículo 16 del RH, y sin que ello implique que no ha existido tal derecho, dado que la inscripción en este caso no es constitutiva como en el derecho de superficie, según el apartado 1º del mismo precepto, además de lo prevenido en el párrafo último del art. 1º de la Ley Hipotecaria.”

Más recientemente, la SAP de Almería de 6 de junio de 2003,<sup>180</sup> se refiere al derecho de vuelo, como un derecho real constituido por el propietario único de lo edificado o por la comunidad de propietarios del edificio en régimen de propiedad horizontal, que transmitido a un tercero en escritura pública, es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. Por su parte, la SAP de Burgos de 28 de enero de 2002<sup>181</sup>, también reitera el carácter no constitutivo de la inscripción del derecho de vuelo.

En nuestra opinión esta sentencia cuando se refiere expresamente a la constitución en escritura pública del citado derecho y como consecuencia de esto a su inscripción en el Registro de la Propiedad, está ratificando, la libertad de forma<sup>182</sup> que rige para la constitución de este derecho y el carácter no constitutivo de la inscripción registral. Esto es así, porque conforme al art. 3 de la Ley hipotecaria, no todos los documentos son aptos para acceder al Registro, sino que entre los que establece figuran los documentos públicos, de ahí que deba entenderse que si la transmisión del derecho de vuelo se hace en documento público, éste puede acceder al mismo.

Pero en modo alguno, debe entenderse como que es obligatoria la constitución del derecho de vuelo en escritura pública y su inscripción en el Registro de la propiedad para la validez del derecho de vuelo constituido. En este sentido el art. 1280.1º del CC, establece que debe constar en documento público, los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. A pesar de ello, no debe interpretarse, que en el supuesto en que las partes interesadas hubieran acordado en documento privado un derecho de vuelo sobre un inmueble, y después hubieran otorgado la correspondiente escritura pública, el citado derecho, queda constituido en dicha escritura, sino que se constituyó mediante el documento privado. Esto es así, porque el art. 1278 del CC, que declara el principio de libertad de forma, considera válidos los contratos cualquiera que sea la forma en que se

---

<sup>180</sup> SAP de Almería, (Sección 2ª), de 6 de junio de 2003 (RJ 2003,178031).

<sup>181</sup> SAP de Burgos, (Sección 3ª), de 28 de enero de 2002. Sentencia 48/2002. Recurso de Apelación 567/2001. (RJ 2002,98489). Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª Mª Esther Villimar San Salvador.

<sup>182</sup> Defienden la libertad de forma, en relación a la no exigencia de documento público en su constitución los siguientes autores: MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derechos de vuelo y subsuelo. op. cit.* pg. 218; DOMENGE AMER, Bartolomé. "El derecho de sobreedificación y subedificación." Ilustre Colegio Notarial de Baleares. Palma de Mallorca, 1983, pg. 182; FERNANDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio. "Controversias del derecho de sobreedificación" *RDPat* núm. 1. Aranzadi S.A, Pamplona, 1998. Pg. 6.

han celebrado, cuando concurren los requisitos del art. 1261 del CC, relativo a la validez, como es el consentimiento, objeto y causa.<sup>183</sup>

Posteriormente, la STS de 31 de enero de 2001, anula también el apartado b) relativo a la determinación del número máximo de plantas a construir. El Alto Tribunal, acogiendo el argumento alegado por los recurrentes, entendió que el RH se extralimitaba, al exigir este requisito, pues solamente el ordenamiento urbanístico en vigor, puede establecer la edificabilidad en un determinado momento. DE LA IGLESIA MONJE,<sup>184</sup> entiende que en este supuesto, debe cada reserva concreta estar a las normas del planeamiento del lugar y del momento oportuno.

En definitiva, tras la declaración de nulidad de estos dos apartados introducidos en la reforma del RH de 1998, el art. 16.2 del citado texto legal, vuelve a quedar con la redacción anterior a la reforma, es decir, permite que accedan al Registro de la Propiedad derechos indeterminados, que obligan a acudir a la aplicación directa del principio de especialidad, proclamado en el art. 9 de la LH.<sup>185</sup>

Sin embargo, a pesar de lo anterior, la STS de 27 de mayo de 2009,<sup>186</sup> vuelve a incidir en la necesidad de determinar, conforme al principio de especialidad el contenido y extensión del derecho real de vuelo, en un supuesto de hecho, en el que la comunidad de propietarios, solicitaba la nulidad del derecho de vuelo, constituido mediante reserva por el promotor del edificio la Sociedad Yurka S.L en la división horizontal del edificio.

---

<sup>183</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derechos de vuelo y subsuelo. op. cit.* pg. 214.

<sup>184</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel. “A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la STS de 31 de Enero de 2001”. *RCDI* núm. 667. pgs 1835-1902

<sup>185</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María. Esta autora distingue, entre un principio de especialidad propiamente hipotecario, como requisito de la inscripción, diferente a veces del principio de especialidad como requisito del derecho real. El principio de especialidad registral consiste en la necesidad de determinar todo lo que debe ser oponible *erga omnes*. El principio de especialidad o determinación civil, por su parte, es imprescindible para definir el derecho real. *El principio de especialidad registral*. Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2005. pgs 100-103. Por su parte, CORVO LÓPEZ, Felisa-María. Entiende esta autora, que “*a falta de una regulación completa de los derechos de sobreedificación y subedificación en el ámbito del Derecho común y anulada la reforma del art. 16.2 del RH, tal exigencia sólo puede sustentarse en lo dispuesto en un precepto de rango legal como es el art. 9 de la LH*”. “Elderecho de sobreedificación y subedificación ante las exigencias del principio de legalidad.” En Blasco Gascó, Francisco de Paula, Clemente Meoro, Mario E, Orduña Moreno, Francisco Javier, Prats Albentosa, Lorenzo y Verdera Server, Rafael. (Coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011. Págs. 683-712.

<sup>186</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2009. Sentencia 389/2009 de 27 de mayo. Recurso de Casación núm. 1883/2004. (RJ 2009,3047). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

Así mismo, solicitaban, la nulidad de los artículos 3º y 9º de los estatutos, y la declaración del derecho de todos y cada uno de los propietarios al disfrute, como parte común que es de los derechos de suelo y vuelo. El derecho de vuelo y constituido por la promotora, consistía en la reserva por el propietario del derecho de realizar nuevas plantas de construcción, bajo el suelo de la finca, y sobre el vuelo de los edificios, haciendo suyas las edificaciones. Dichos nuevos locales, se integrarán en la Comunidad del edificio, una vez que la edificación se haya realizado; atribuyéndoles una cuota a detracer del resto de los locales y viviendas, determinándose expresamente que la cuota del solar destinado a garaje que se construya bajo rasante, serán del diez enteros por ciento en relación al conjunto total, y podrá utilizar para paso y salida de peatones todos los otros nueve portales del edificio. Las cuotas de las nuevas edificaciones que se levanten sobre el vuelo del edificio se detraerán de las restantes viviendas y locales del edificio, y se establecerán en proporción a la superficie de dichas nuevas edificaciones.

Además se establecía, que el promotor reservista, quedaba facultado para sin necesidad ni acuerdo de la junta de propietarios, modificar los elementos comunes o usos de los mismos, en cuanto sea necesario o conveniente para terminar la construcción del garaje o para su utilización, hasta el momento en que se obtenga licencia definitiva de apertura, siendo a partir de este momento, cuando no se podrán hacer más modificaciones sin la autorización de la junta de la comunidad.

El Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda, interponiendo a continuación los comuneros demandantes, recurso de apelación que se sustanció ante la Audiencia Provincial de Madrid. La Audiencia, estima el recurso de apelación, revoca la sentencia, y estima la demanda presentada por los apelantes, declarando nula y sin efecto la reserva de suelo y vuelo constituida por la demandada en la división horizontal. La sentencia, declara a su vez nulos los artículos 3º y 9º de los estatutos, y reconoce el derecho a usar el suelo y vuelo como elemento común que es.

La promotora Yurka S.L, interpone contra esta sentencia recurso de casación ante el TS, que resuelve desestimando el mismo, fundamentando dicha desestimación en la falta de concreción conforme al principio de especialidad, del contenido y alcance del derecho de vuelo, concretamente en lo relativo al número de edificación y a la duración del derecho de vuelo. Entiende el Alto Tribunal, que como derecho real que grava el inmueble, así como por la oponibilidad del mismo a los futuros adquirentes de la finca que adquieren una finca con gravamen, el derecho de vuelo constituido ha de

estar perfectamente delimitado en cuanto a su contenido, para que pueda surtir efectos frente a terceros. En el caso que nos ocupa, el TS, entiende que el derecho de vuelo constituido sobre el edificio mediante la reserva del promotor, no recoge los requisitos establecidos en el art. 17.2 del RH pues se ha constituido con rasgos muy generales, de tal forma que ha impedido a los futuros compradores tener conocimiento de las condiciones en las que se va a llevar a cabo la obra y tras ese conocimiento, decidir si quieren adquirir o no la vivienda, tras el correspondiente conocimiento de la situación registral del inmueble.

Así mismo, al no haber establecido tampoco aspectos sustanciales como son las cuotas de partición y el mantenimiento de los servicios o de sus derechos dominicales, concluyen que esta situación es de todo punto incompatible con el régimen jurídico de la propiedad Horizontal.

Efectivamente, en este supuesto de hecho, considero que el derecho de vuelo no ha sido constituido conforme al requisito del principio de especialidad, porque deja al arbitrio del titular del derecho real, la fijación *a posteriori* de las cuotas de propiedad tras la construcción de las nuevas edificaciones y por tanto, contraviene lo establecido en el apartado a) del art. 16.2 RH, relativo a la necesidad de hacer constar, las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, o las normas que se establezcan para su determinación. En el supuesto concreto que nos ocupa, se observa, que se establece una cuota del 10% para la construcción que se realice en el subsuelo, destinado a garaje, sin establecer en modo alguno, las cuotas relativas a las construcciones que se efectúen sobre el vuelo. A mayor abundamiento, el promotor, no sólo no fija dichas cuotas, sino que se reserva la posibilidad de fijarlas en un futuro, detrayéndolas de las cuotas del resto de los inmuebles, sin necesidad de contar con el acuerdo de los propietarios o de la junta. Y por último, también se reserva la potestad de realizar obras de modificación de los elementos comunes, sin necesidad de acuerdo.

A nuestro juicio, la situación así creada, dada la falta de previsión y determinación, permite al promotor, actuar conforme a su criterio, sin tener en cuenta, que existe una propiedad horizontal, que se rige por una normativa, que el reservista desprecia totalmente. Pues por un lado, no se puede obviar, que lo establecido en cuanto a la fijación de las cuotas *a posteriori* detrayéndolas de las cuotas de propiedades privativas, requiere al menos el consentimiento del propietario afectado, y en cuanto a la



realización de obras a voluntad, se obvia que produce una modificación del título constitutivo que no puede dejarse a la voluntad de un solo propietario. De ahí, que esta sentencia nos parezca de lo más acertado, sobre todo cuando aboga e insiste nuevamente, en la importancia de la aplicación del principio de especialidad en estos supuestos, de constitución de un derecho real, limitativo del dominio, que ha de estar perfectamente definido en cuanto a su contenido, no solo ya con los requisitos establecidos en el art. 17.2 del RH, sino con todos aquellos requisitos, que sean exigibles conforme al art. 9 de la LH y 51 del RH, para su completa definición, sobre todo para salvaguardar los derechos de los adquirentes, pues de otro modo, no estaría cumpliendo, el Registro de la Propiedad, una de sus funciones fundamentales, cual es la protección de terceros, mediante la publicidad del contenido de los gravámenes como en este caso, que afectan a un inmueble.

Por su parte, tras la declaración de nulidad del art. 16.2 del RH en su redacción de 1998, la DGRN viene a insistir de nuevo en la necesidad de que los terceros tengan conocimiento del alcance y extensión del derecho inscrito, para lo cual es imprescindible, que se establezcan de forma precisa, su contenido y el plazo de duración del derecho de vuelo.

Así, la RDGRN de 18 de noviembre de 2002,<sup>187</sup> en un supuesto de reserva de vuelo por el constructor, sin especificar el número de plantas a construir ni el plazo de ejercicio del derecho de vuelo, deniega la inscripción, confirmando la calificación del registrador. La DGRN concluye que realmente más que un derecho de vuelo, poco determinado, lo que existe es una sustracción a los propietarios de la finca edificada por tiempo ilimitado, de una facultad que pueda surgir en el futuro, como es la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico. En este sentido, el constructor, se había reservado un derecho de vuelo a mayor elevación del edificio, que podrá usar por sí en una o varias veces para transmitir a terceros y levantar cuantas plantas desee y permitan

---

<sup>187</sup> RDGRN de 18 de noviembre de 2002. BOE 28-12-2002. En su fundamentos de derecho apartado 2 dice: “ la DGRN en relación a la especificación de las plantas a cuya construcción faculta el derecho de sobreelevación constituido y del tiempo en que se podrá ejercitar el mismo, la calificación debe confirmarse, pues como ha dicho este Centro Directivo, las exigencias del principio de especialidad, que impone la determinación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (art. 9 de la LH y 51 de su Reglamento), impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado.”

Esta resolución mantiene la argumentación de resoluciones anteriores como la RDGRN de 6 de noviembre de 1996. BOE 17-12-1996; RDGRN de 29 de abril de 1999. BOE 25-05-1999; y de 26 de septiembre de 2000. BOE 10-11-2000.

las ordenanzas municipales, sin indicar el número concreto de plantas a construir ni la duración del derecho. Esta resolución, se remite a las RRDGRN anteriores a la reforma del art. 16.2 del RH de 1998, y por tanto a las resoluciones de 6 de noviembre de 1996<sup>188</sup> y 26 de septiembre de 2000.<sup>189</sup>

Esta última Resolución se refería a la constitución de un derecho real de vuelo por donación. Los padres donan a uno de sus hijos un derecho a edificar una primera planta sobre la casa propiedad de aquellos, y al mismo tiempo, donan al otro hijo el derecho a edificar una segunda planta, siempre y cuando lo permitan las ordenanzas municipales y la seguridad y firmeza de la edificación existente haciendo suyas las edificaciones resultantes. El Registrador deniega la inscripción por varios defectos:

1.- Porque no se fija un plazo para el ejercicio del derecho de vuelo.

2.- Porque falta la determinación de los derechos constituidos al hacer depender su existencia de las ordenanzas municipales.

En relación al primero la DGRN confirma el defecto, pues considera que aunque el art. 16.2 RH no exige de modo expreso la fijación del plazo, resulta sustancial, tanto para la perfecta delimitación del derecho real, como para la necesidad de observar y respetar las normas del estatuto jurídico de los bienes, y entre ellas, la exclusión cuando no haya causa que lo justifique, de gravámenes perpetuos o irredimibles.

En cuanto al segundo defecto, la DGRN lo revoca pues considera que no afecta a la delimitación del derecho de vuelo la supeditación de su establecimiento a que lo permitan las ordenanzas municipales, distinguiendo que una cosa es la definición del alcance y contenido de su derecho y otra la de su posibilidad legal. La eventual ilicitud del objeto no implica indeterminación.

A nuestro juicio, a pesar de la nulidad declarada por las SSTs de 31 de enero de 2001 y 24 de febrero de 2000, la DGRN apoya su decisión por un lado en una interpretación integradora de los principios hipotecarios, y de la legislación hipotecaria en cuanto a lo relativo a los derechos reales, interpretando, la necesidad de determinación del derecho de vuelo en cuanto a su alcance, en virtud de lo establecido

---

<sup>188</sup> RDGRN de 6 de noviembre de 1996 (BOE 17.12.1996)

<sup>189</sup> RDGRN de 26 de septiembre de 2000 (BOE 08.11.2000).

en el art. 9 de la LH y 51 del RH, así como los artículos 1 y 2 de la LH que no establece límites a la inscripción de los derechos reales, y, por otro, la prohibición de establecer derechos reales de carácter perpetuo si no responden a una justa causa que justifique tal perpetuidad.

Más recientemente, la RDGRN de 20 de febrero de 2013,<sup>190</sup> contempla un supuesto de cesión de derecho de vuelo, configurado mediante documento elevado a público, mediante escritura autorizada por el notario de Talavera de la Reina, el 24 de septiembre de 2012. En dicho documento, la sociedad Inmobiliaria San Javier, S.L, cede a la sociedad Promoción y Gestión Castillo de Belvís. S.L, mediante precio el derecho de vuelo que se había constituido a favor de la sociedad cedente en escritura otorgada ante notario el 11 de febrero de 1999, aclarada y subsanada por otra autorizada el 29 de junio de 1999. En dicha escritura se pactó que el plazo máximo para el ejercicio del derecho a construir sería de diez años a contar desde esa fecha, transcurrido dicho plazo la parte del solar sobre la que se reserva el derecho será elemento común del edificio.

Presentada la escritura de cesión de fecha 24 de septiembre de 2012, el registrador deniega la inscripción, argumentado, la caducidad del derecho de vuelo por haber transcurrido los diez años establecidos para su ejercicio a contar desde el día de la firma de la primera de las escrituras en la que se constituyó el derecho de vuelo fechada el 11 de febrero de 1999. No siendo posible, la transmisión de un derecho que se ha extinguido, ni la transmisión de un elemento común de un edificio.

La titular del derecho de vuelo la sociedad Inmobiliaria San Javier, alegó en contra de la calificación, que el derecho de vuelo, se constituyó durante la vigencia del art. 17.2 RH en la redacción de 1998, de ahí que se estableciera el plazo de diez años, pero habiendo sido declarado nulo mediante la STS de 31 de enero de 2001, este plazo no debía limitarse solo a diez años, pudiendo ser de más tiempo, veinte años, treinta años o lo que se acordase en el otorgamiento de la escritura pública. Así mismo, alega la

---

<sup>190</sup> RDGRN de 20 de febrero de 2013. (BOE 19.03.2013). Esta resolución recoge en su fundamento de derecho segundo: *“La esencia del derecho real de vuelo supone la realización de la construcción contemplada dentro del plazo determinado al efecto (cfr. Arts. 348 y 350 del CC). En el presente caso el pacto de caducidad del derecho está redactado con indudable claridad, por lo que extinguido tal derecho por falta de construcción en el plazo pactado se consolida el dominio hasta entonces desmembrado. Por ello, la cesión pretendida es ya imposible jurídicamente al tiempo de la celebración del contrato formalizado en la escritura calificada (arts. 1261, 1271, 1274 del CC). Además, una vez consolidado el dominio, no pueden ser transmitidos los elementos comunes de una propiedad horizontal sin la correspondiente desafectación de los mismos, con cumplimiento de los requisitos para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, y para la ulterior disposición de aquellos”*.

recurrente Inmobiliaria San Javier S.L, que el derecho no se ha podido ejecutar, porque el Ayuntamiento de la localidad donde se encuentra la finca, denegó la licencia de construcción, encontrándose actualmente recurrida dicha resolución, por lo que estima que el cómputo del plazo de duración del derecho de vuelo, se debería empezar a contar desde la fecha del otorgamiento de la licencia. Por tanto entiende la recurrente que no está caducado el derecho por el transcurso del plazo de diez años establecido para su ejercicio.

El Centro Directivo, da la razón al Registro de la Propiedad, fundamentado su resolución en que el derecho de vuelo, se constituyó para ejercitarse en el plazo máximo de diez años a contar desde el otorgamiento de la escritura pública, sin que se condicionara en modo alguno a la vigencia de la disposición reglamentaria anulada, y sin supeditar el *dies a quo* del cómputo de dicho plazo a la concesión de la licencia municipal para la construcción, por lo que no puede tenerse en consideración cualquier otra fecha distinta.

A nuestro juicio, esta resolución requiere la exigencia del principio de especialidad, en este caso en relación a la duración del plazo de ejercicio, y lo considera como un elemento esencial del derecho real de vuelo, pues el transcurso del mismo sin haberse ejercitado, como se ha puesto de manifiesto, condiciona la extinción del derecho. En este caso, lo pretendido por el titular del derecho de vuelo, es de todo punto imposible, al intentar que el Registro de la Propiedad, inscribiera el contrato de cesión, obviando el transcurso del tiempo para su ejercicio. Precisamente, el establecimiento del plazo de diez años en este supuesto, es uno de los requisitos que define el alcance y la extensión del derecho de vuelo, cumpliendo de esta forma el Registro su función de publicidad y protección a terceros adquirentes.

Por el contrario, la RDGRN de 3 de septiembre de 2012,<sup>191</sup> se refiere, a un supuesto, en el que se solicita la cancelación de un derecho de vuelo, por haber transcurrido el plazo establecido para su ejercicio. En este supuesto, la sociedad Alcatrensur. S.L, mediante escritura obra nueva y división horizontal de 15 de noviembre de 1999, estableció un derecho de vuelo a favor de la propia sociedad, sobre el elemento número tres, local en planta baja. Posteriormente, vendió el derecho de vuelo, a la entidad Famaponiente S.L, que declaró en escritura de 30 de diciembre de

---

<sup>191</sup> RDGRN de 3 de septiembre de 2012. (BOE 11.11. 2012).

2002, un edificio en construcción compuesto de treinta viviendas, procedió a su división en propiedad horizontal y asignó las cuotas correspondientes a todos los elementos, incluidos los preexistentes. Mediante escritura de 25 de abril de 2012, Alcatrensur S.L, solicita la cancelación registral del derecho de vuelo, por no haberse a su juicio procedido a la construcción del edificio declarado en virtud del derecho de vuelo, solicitando que la finca quede con la descripción de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal originaria de 15 de noviembre de 1999. Una vez presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad 5 de Almería, el Registrador, suspende la inscripción porque entiende que no está determinado el momento en que debía computarse el plazo de diez años de duración del derecho, no puede decirse si el mismo no está o no extinguido. El segundo defecto, consiste en que no consta la notificación previa al titular del derecho de vuelo y al acreedor hipotecario.

La DGRN, en relación al primer defecto alegado, consistente en la falta de determinación del momento en que ha de iniciarse el cómputo, entiende que como el plazo establecido es de diez años, si no hay indicación en contrario, este plazo solo puede referirse a la fecha de constitución del derecho, momento a partir del cual es ejercitable, por lo que no es aceptable especular sobre si debe tenerse en consideración cualquier otra fecha distinta de la que quepa deducir un vencimiento final distinto. A mayor abundamiento, entiende que el titular del derecho de vuelo, ha llevado a cabo el ejercicio del mismo, al constar la declaración de obra nueva y el régimen de propiedad horizontal, la cuestión que se plantea en este caso, es si declarada una obra nueva y el régimen de propiedad horizontal, debe entenderse ejercitado el derecho de vuelo o no, concluyendo la DGRN que el titular del derecho de vuelo, lo había ejercitado precisamente mediante la declaración de obra nueva y modificación del régimen de propiedad horizontal,<sup>192</sup> y por tanto que en este caso el transcurso del plazo deja de tener relevancia, pues afecta sólo al derecho de vuelo, pero no al dominio declarado.

Más recientemente la RDGRN de 11 de febrero de 2015,<sup>193</sup> admite la inscripción de un derecho de vuelo, constituido en 1958, anterior a la reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959, y, figuraba inscrito en el Registro de la Propiedad. En ejercicio del derecho de vuelo se había construido una planta. En la constitución del derecho de vuelo no se especificaron el número de plantas construibles, ni su

---

<sup>192</sup> En este mismo sentido, se pronuncia la RDGRN 12 de diciembre de 2003. (BOE 07.02.2004).

<sup>193</sup> RDGRN de 11 de febrero de 2015. (BOE 10.03.2015).

participación en los elementos comunes del edificio. Se pretendía inscribir dicho derecho real, a favor de la hija de la titular registral del mismo, que lo adquiriría por título de herencia.

El registrador deniega la inscripción alegando que el derecho de vuelo se encuentra totalmente ejercitado y agotado, puesto que se figura inscrita la construcción de una primera planta. La interesada presenta recurso y se estima. En este supuesto la DGRN considera que existe una presunción *iuris tantum* de existencia del derecho y pertenencia al titular registral. Argumenta, que la construcción de una primera planta no implica necesariamente la extinción del derecho, salvo que los interesados den por agotada la elevación de nuevas plantas para lo que es preciso que se constituya el régimen de propiedad horizontal o así lo acuerden los propietarios. Por ello, resuelve que dado que no se ha distribuido horizontalmente la finca, ni establecido la participación en la cuota de elementos comunes, subsiste el derecho de vuelo sujeto a las limitaciones urbanísticas.

En nuestra opinión, es procedente la inscripción del derecho de vuelo a favor de la heredera, porque realmente lo que existe es una transmisión *mortis causa* de un derecho real, legalmente constituido conforme a los requisitos vigentes en el momento de su constitución, anterior a la entrada en vigor de la LH de 1959. El objeto de debate se centra pues, en entender si el derecho de vuelo se agota por la construcción de una planta, dado que nada se dice en relación al número de plantas ni a la cuota de participación en los elementos comunes, requisitos que son esenciales a partir de la LH de 1959.

Nos parece acertada la decisión de la DGRN porque el derecho de vuelo, se entiende ejercitado en su totalidad, cuando se establece un régimen de división horizontal con atribución del 100% de las cuotas y no existe una reserva expresa del vuelo sobrante. Entendemos, que tal y como concluye la DGRN, subsiste el derecho de vuelo que da derecho a construir nuevas plantas, en función de lo que establezca la legislación urbanística en cada momento. En este último aspecto, el Centro Directivo sigue la STS de 31 de enero de 2001,<sup>194</sup> que declaró nulo la exigencia del requisito del número de plantas a construir, al entender que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer.

---

<sup>194</sup> STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001. (RJ 2001,1315).

Si el titular de un derecho de vuelo así constituido pretendiera en la actualidad su inscripción registral, ésta se denegaría por falta de cumplimiento de los requisitos del art. 16.2 de la LH, pues faltaría el principio de especialidad o determinación exigible actualmente para dar una mayor claridad al Registro.

En definitiva, tras la nulidad del art. 16.2 del RH en su redacción de 1998, tanto la Jurisprudencia, como la DGRN mantienen la misma línea interpretativa, de tal forma que exigen para la inscripción del derecho de vuelo, los requisitos establecidos en el art. 16.2 antes de la declaración de nulidad, si bien lo argumentan con una interpretación integradora de los principios hipotecarios y la legislación inmobiliaria registral. Siempre que se pretenda inscribir un derecho de vuelo, éste habrá de cumplir con dichos requisitos, pues en caso contrario, su acceso al Registro no será posible. Todo ello, a pesar como decimos, de la nulidad de los requisitos establecidos en el art. 16.2 del RH.

Nosotros además añadimos que la exigencia de esos requisitos, es una cuestión de seguridad jurídica, que va a influir en un mejor y más seguro tráfico inmobiliario, pues quién adquiere un inmueble ha de conocer el alcance y contenido del derecho real que lo grave.

Como conclusión general podemos decir, que la constitución de un derecho real de vuelo sobre el inmueble cedido mediante contrato de cesión de finca por edificación futura, va a tener como ventaja, el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de propiedad del cedente sobre los inmuebles futuros. Por ello, consideramos que lejos de establecer que el derecho real de vuelo y el contrato de cesión de solar, son dos figuras coexistentes (que lo son en cuanto a su naturaleza pues el primero es un derecho real y el segundo un derecho obligacional), lo cierto es que tienen una relación de carácter instrumental, es decir, el cesionario, mediante la constitución de este derecho real, obtiene legitimación para gestionar todos los aspectos jurídicos relativos al proceso edificatorios y al cedente un plus de protección al permitir el acceso de su derecho al Registro de la Propiedad. También el derecho de vuelo puede ser en si mismo objeto del contrato de cesión de solar por obra futura, y éste, es una forma de negociabilidad del derecho de vuelo. Evidentemente para el acceso al Registro de la Propiedad, el derecho real de vuelo, constituido en el marco de un contrato de cesión de finca, deberá cumplir los requisitos establecidos en el art. 16.2 del RH y los principios hipotecarios de especialidad y determinación.

## CAPITULO II

### LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA Y SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

#### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros países de nuestro entorno como Francia o Alemania,<sup>195</sup> rige el sistema del título y el modo para la adquisición de la propiedad conforme se establece en los arts. 609 CC y 1095 CC. Aparentemente, son unos artículos que no deberían suscitar dudas, pues alude a la existencia de un contrato válido (título), que unido a la entrega de la cosa objeto del contrato (modo), posibilita que ésta pase a ser propiedad de otra persona. Por ello, parece razonable deducir, que para entregar algo, previamente es necesario que exista. Consecuentemente en los contratos con objetos futuros, la entrega y como consecuencia la transmisión no se produce sino cuando el objeto existe. No obstante el CC, admite también otras formas de entrega para entender transmitida la propiedad, que no se corresponden con la entrega material del bien. Es lo que se denomina entrega espiritualizada, entre las que se encuentra la *traditio ficta* que conforme al art. 1462.2 del CC el otorgamiento de escritura pública, equivale a la entrega, salvo que de ella se derive lo contrario. Estas circunstancias dan lugar a que este aspecto no haya sido pacífico, ni en la doctrina, ni en la Jurisprudencia.

---

<sup>195</sup> En Francia rige el sistema consensual y la propiedad se transmite por el mero consentimiento, que se deriva del contrato traslativo, sin necesidad de entrega de la cosa. Plana Arnaldos, M<sup>a</sup> del Carmen. “La transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro: el modelo francés y la ley catalana de cesión de solar a cambio de construcción futura.” en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*. <http://tirantonline.com>. Por su parte en el derecho alemán, la propiedad se transmite a través del contrato real abstracto. PÉREZ ALVAREZ, M<sup>a</sup> del Pilar. “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo” <http://repositorio.uam.es> pg. 226-227. Opina esta autora que “*El creador del contrato real abstracto se considera que fue SAVIGNY, influido por el afán de construcción jurídica y sistematización de conceptos de la Escuela de los Pandectistas. Este autor llegó a la construcción doctrinal de esta figura a través de la interpretación errónea de las fuentes romanas que le condujo a la conclusión de que la iusta causa traditionis no es el negocio jurídico precedente sino el animus adquirendi et transferendi dominii o intención recíproca de las partes de adquirir y transmitir el dominio. En los contratos que se perfeccionan con la entrega de una cosa falta la obligación precedente. El Código Civil alemán (BGB), recogió la teoría de SAVIGNY, que para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles como de los inmuebles se basa en el acuerdo abstracto de transmisión (Einingung) complementado con la tradición (Übereinung) para los bienes muebles y con la inscripción en el Registro para los inmuebles. En ambos casos, la transmisión se produce a través del contrato real y abstracto.*”



En el contrato de cesión de solar por obra futura, la adquisición de la propiedad del solar o inmueble sobre el que se va a edificar, no supone ningún problema para el cesionario que está obligado a construir y a entregar lo construido, pues adquiere la propiedad del solar desde el otorgamiento del contrato mientras que el cedente, suele quedar en una situación de debilidad dado que no solo se desprende, de un bien patrimonial sino que no adquiere la propiedad de los pisos hasta que no son edificados y entregados. Esta circunstancia, hace que el solar <sup>196</sup> se integre en el patrimonio del cesionario y se vea inmerso en posibles situaciones de concurso de acreedores y embargos, conforme a la responsabilidad patrimonial establecida en el art. 1911 del CC. Por ello, el modo de adquisición y el momento en que el cedente adquiere la propiedad se ha convertido en uno de los aspectos más controvertidos y que más interés ha despertado entre los juristas, pues el problema fundamental que se presenta es cómo argumentar la adquisición de la propiedad de un bien que todavía no existe, como es el inmueble futuro a construir, y si la escritura en que se formaliza el contrato con objeto futuro tiene eficacia transmisiva.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> RUDA GONZALEZ, Albert. “Transmisión del dominio en la cesión de suelo por obra. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 26.2.2001”. *Libro Homenaje de la Universidad de San Marcos-Perú*. pg. 2. Dice el autor: “Cuando este contrato se une a cualquiera de los modos de entrega permitido en Derecho produce la transmisión de la propiedad de dicha inmueble. Esta entrega no sólo puede producirse en su modalidad de entrega real, sino que además el CC facilita la transmisión mediante la comúnmente llamada tradición instrumental.”

<sup>197</sup>En el modelo francés no se regula el contrato de cesión de solar por obra futura, pero a diferencia de nuestro ordenamiento, se regula la compraventa de inmuebles en construcción tipificándose expresamente en el Code dos modalidades: la llamada compraventa a término (regulada en el art. 1601-2), en la que la propiedad se adquiere con la terminación de la obra, acreditándose mediante un acta auténtica otorgada ante Notario, no produciéndose la transmisión en el momento de formalización del contrato. La cuestión que se plantea en estos casos, es en qué momento se considera terminada la obra. Los efectos de la adquisición serán retroactivos, lo que implica la nulidad de cualquier acto dispositivo efectuado por el vendedor durante el tiempo intermedio. En la venta a futura terminación, regulado en el art. 1601-3 del Code el vendedor transmite inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo y la propiedad sobre construcciones existentes y las obras las adquiere el comprador a medida que se realizan. La propiedad se adquiere por accesión pero este artículo no menciona el término accesión, porque no siempre previamente era el adquirente propietario del suelo, ya que se pueden transmitir además derechos reales diferentes al derecho de propiedad del suelo. El vendedor en este caso conserva, pese a la transmisión efectuada, los poderes necesarios para realizar la obra. PLANA ARNALDOS, Mª del Carmen. “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura” Estudio. *RCDI*. núm. 674. pgs. 2089-2091.

Por su parte, en el Derecho alemán, la cesión de solar por obra futura tampoco se regula expresamente pero si es un contrato atípico que surge de la práctica notarial. Los motivos que explican el nacimiento de esta figura, son varios, entre ellos, se encuentra el ahorro en el Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles (Grunderwerbsteuer), que puede considerarse la principal razón. Una segunda razón se encuentra en la reducción de los costes notariales, si se comparan con la celebración de dos negocios distintos, la compraventa por parte del promotor y posteriormente la compra de viviendas por parte del anterior dueño del suelo. Otro de los motivos es la disminución de riesgos por parte del promotor, al considerar que al menos varias de las viviendas ya están en cierto modo pagadas al igual que el suelo sobre el que se construye. Se distinguen tres modelos de configurar el contrato: a) Permuta clásica o

El art. 1462.2 CC no deja claro si la eficacia de la escritura pública como “traditio” queda desvirtuada o excluida solo cuando las partes lo pacten expresamente o difieran la entrega, o, bien también, cuando la cosa es futura, y consiguientemente tampoco se puede hacer una entrega manual.<sup>198</sup> Por otro lado, también existen dudas si una vez otorgada la escritura de división horizontal e inscrita en el Registro conforme al art. 8.4 LH puede ser objeto de transmisión el inmueble inscrito aunque no exista. Un sector de la doctrina<sup>199</sup> entiende que la constancia registral suple la imposibilidad de poseer el inmueble que todavía no existe. Sin embargo, otros autores, entienden que el hecho de que la finca conste en el Registro no significa que sea transmisible<sup>200</sup> porque no tiene existencia física. En definitiva, la cuestión está estrechamente relacionada con la posibilidad de admitir, o no, un derecho real sobre cosa futura.

## 2. POSICIÓN DE LA DOCTRINA

La doctrina se encuentra dividida en varias posturas, con relación al momento en que se produce la adquisición de los inmuebles futuros por el cedente, según se adopte una posición más clásica basada en la entrega del inmueble con existencia física o bien

---

modelo de compensación, por el que el promotor adquiere inmediatamente la propiedad de la totalidad del solar, convirtiéndose en propietario único y comprometiéndose a entregar al antiguo propietario, como contraprestación una parcela o vivienda de las que construirá. El promotor tiene que dividir el solar conforme a la Ley de Propiedad Horizontal, de forma que una de las cuotas del solar pueda, teóricamente entregarse junto con la futura vivienda al antiguo propietario del suelo. b) Modelo de cuota o propiedad, en este modelo, es el propietario del suelo el que realiza la división en cuotas del suelo y transmite solo parte de esas cuotas al promotor, de este modo se convierte en copropietario. La contraprestación del promotor será la entrega de una o más viviendas construidas sobre la cuota que ha conservado el antiguo propietario del terreno. Esta división se realiza en virtud del art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal alemana, que permite convertir la copropiedad en una propiedad especial (propiedad horizontal, siempre que la edificación por construir esté perfectamente determinada e individualizada. c) Modelo de prórroga, mediante este modelo, el promotor adquiere del dueño la totalidad del suelo por un determinado precio. Este precio no tiene porque pagarse inmediatamente, sino que puede pagarse conforme el promotor vaya vendiendo las viviendas que construya. Por ello, el promotor tiene que constituir una fianza a favor del dueño del suelo. El antiguo titular del suelo adquiere una o más viviendas de las que se construirán, por lo que a su vez tiene que ir abonando determinadas cantidades, que pueden compensarse con las del promotor e incluso reducir la fianza que tiene prestada el promotor. En este modelo, no existe realmente una permuta de suelo por construcción, sino dos compraventas con pagos aplazados que se van compensando. Por ello más que una permuta hay una doble adquisición. FERRANDO NICOLAU, Esperanza. “La permuta del suelo por construcción futura en el Derecho alemán” en *Estudios en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*. Valencia. Universitat de Valencia. Departament de Dret civil. Tirant lo Blanc. 2002. pgs. 199-225.

<sup>198</sup>RUDA GONZALEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra*. pg. 113

<sup>199</sup> LOPEZ FRIAS, Ana. *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*. pg. 50

<sup>200</sup>MIQUEL GONZALEZ, J. M<sup>a</sup> “El registro inmobiliario y la adquisición de propiedad”, *RDPat* 1998,pgs 45-61

una posición más vanguardista caracterizada por la búsqueda de la protección del cedente y basada en la existencia jurídica aunque no física del inmueble.

Por ello, pueden distinguirse: La tesis de ausencia de reconocimiento de efectos traslativos de la escritura de cesión hasta la existencia física de los inmuebles; la tesis de la eficacia transmisiva diferida de la escritura pública, y, la tesis de la transmisión de la propiedad de los inmuebles futuros de la escritura pública dotándola de eficacia real en las cuales vamos a profundizar seguidamente.

## **2.1 Tesis de ausencia de reconocimiento de efectos traslativos a la escritura de cesión hasta la existencia física de los inmuebles**

Los autores partidarios de esta tesis consideran que la escritura de cesión, transmite la propiedad del solar a favor del cesionario, porque el inmueble tiene existencia física. *A sensu contrario*, los pisos o inmuebles futuros a construir, al ser inexistentes, no puede ser transmitida su propiedad desde el inicio <sup>201</sup> porque para que se pueda producir su entrega es necesario que el transmitente sea poseedor o que sea posible su posesión mediata. Por tanto, la transmisión de la posesión es condición *sine qua non* para transmitir la propiedad.

También, al amparo del art. 1462.2 CC que regula la tradición instrumental, podría pensarse que mediante el otorgamiento de la escritura pública de permuta el cedente adquiriría la propiedad de los pisos a construir, pero ello no puede ser así porque el otorgamiento de la escritura no equivale a la entrega de la cosa mientras esta no exista.<sup>202</sup> No puede aceptarse que se pueda adquirir un derecho real sobre un objeto

---

<sup>201</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad”. *RDPat.* núm. 1. 1998, pgs. 53 y ss.

<sup>202</sup> ZURITA MARTÍN, Isabel. *op cit.* pg. 47 y LUCAS FERNANDEZ, Francisco. Este autor recoge todos los argumentos que niegan los efectos traslativos de la escritura cuando expone: “*Pero, entonces desde el punto de vista del transmitente del solar, la dificultad estriba en que el derecho real no puede por definición recaer sobre un bien futuro. Y aunque se admitiera conceptualmente tal posibilidad ¿cómo adquirir tal derecho? No cabe la ocupación ya que no puede aprehenderse materialmente un bien que no existe; ni la usucapión que exigiría una posesión del bien aquí imposible. Tampoco es posible acudir al contrato puro seguido de tradición actual del bien futuro, ya que la tradición real no podría llevarse a efecto, ni la tradición fingida en ninguna de sus formas, que presuponen en todo caso la existencia actual de la cosa cuya posesión se transmite. Desde luego no cabría la tradición instrumental al amparo del art. 1462 del CC, ya que como reiterada jurisprudencia tiene declarado, para que el otorgamiento de la escritura pueda significar tradición es preciso que el vendedor posea real y efectivamente la finca que vende.*” En “Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan” Ponencia leída el día 3 de marzo de 1963, elaborado en el seminario de Derecho Privado de la Universidad de Murcia. Pg. D-71

inexistente por mucho que pueda ser objeto de inscripción el régimen de propiedad horizontal de edificios cuya construcción esté al menos comenzada.<sup>203</sup> En virtud de lo anterior, el cesionario, irá adquiriendo la propiedad de lo que se edifique conforme al principio de accesión, mientras que el cedente, solo adquirirá el derecho de propiedad sobre los inmuebles cuando, terminada la obra se le haga entrega de los mismos. Durante ese tiempo, solo ostentará un derecho de crédito para exigir la entrega.<sup>204</sup>

## **2.2 Tesis de la eficacia transmisiva diferida de la escritura pública<sup>205</sup>:**

La doctrina que avala esta tesis,<sup>206</sup> entiende que es necesaria la existencia de los inmuebles, para que la escritura de permuta pueda tener efectos traditorios conforme al art. 1462.2 CC así como que pueda transmitirse el inmueble. Sucede que, una vez que el inmueble existe, no es necesario que se realice un nuevo acto de entrega, como puede ser el acta de entrega, pues la primera escritura es suficiente para obtener la propiedad del inmueble por parte del cedente.<sup>207</sup> Además los defensores de esta teoría, entienden que es posible que las partes, también puedan, en aplicación del art. 1462.2 del CC, excluir los efectos traditorios de la escritura, fijándolos para otro momento posterior cuando se produzca la existencia del bien. La adquisición de la propiedad conforme a esta postura, en modo alguno tiene carácter retroactivo, por lo cual el cedente durante el tiempo intermedio entre el otorgamiento de la escritura y la existencia del inmueble, se encuentra totalmente desprotegido.<sup>208</sup>

---

<sup>203</sup> PÉREZ PÉREZ Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles. op. cit.* pg. 451.

<sup>204</sup> ZURITA MARTIN, Isabel. *op. cit.* pg. 41-42.

<sup>205</sup> Así la denomina ARNAU MOYA, Federico. “La transmisión de la propiedad en el contrato de cesión por obra futura”. *Actualidad Civil op cit.* pg. 662. .

<sup>206</sup> Mantiene esta tesis, MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *El contrato de permuta.* 1978. *op. cit.* pg. 356; LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco. “Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan”. *Anales de la Universidad de Murcia.* 1963. Pg. D-80. “Dicha entrega del piso deberá constar en escritura pública para su adecuada inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero no vemos inconveniente en que se pacte en la escritura de permuta que se entenderá entregada la cosa permutada y transferida en consecuencia su propiedad por la mera constancia de la terminación de la obra en el oportuno documento, bastando al efecto la certificación de la obra del Arquitecto. Nos basamos en la aplicación analógica del art. 1462.2 del CC, aplicable según dijimos a la permuta: en el mismo instrumento público de permuta, que bastaría por sí, en virtud del mentado precepto, para entender entregada la cosa permutada, siempre que el transmitente se hallare previamente en su posesión, según reiterada jurisprudencia del TS si difiere dicha entrega (instrumental) al momento del nacimiento de la cosa, de la ultimación de la construcción del piso o local, siendo el certificado del Arquitecto, meramente complementario de dicha escritura.” ROGEL VIDÉ, Carlos. *La compraventa de cosa futura.* Bolonia. 1976. pgs.305-306.

<sup>207</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. “Transmisión del dominio en la cesión de suelo por obra. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 26.2.2001”. *op cit.* pg.17. Entiende que esta teoría se asemeja al sistema consensual francés e italiano.

<sup>208</sup> PLANA ARNALDO, Mª Carmen. “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura”. *Estudios. op. cit.* pg. 2098.

No obstante, a nuestro juicio, tiene la ventaja respecto a la primera tesis, en que no es necesaria la realización de ningún acto posterior de entrega, ya que el cedente devendrá propietario desde el momento en que el inmueble exista. La cuestión que se plantea en este punto, es cuándo debe entenderse que existe el edificio, siendo este aspecto una de las críticas principales que se le hace a esta argumentación. Se ha discutido si cuando se produce el certificado de fin de obra, o bien cuando se tiene la cédula de habitabilidad o de primera ocupación. Este inconveniente según otros autores, no puede servir para negar la eficacia diferida de la escritura pública.<sup>209</sup> El TS ha clarificado esta cuestión, entendiendo que el inmueble se encuentra totalmente construido en condiciones de servir para el uso correspondiente.<sup>210</sup>

### **2.3 Tesis de la transmisión de la propiedad de los inmuebles futuros de la escritura pública dotándola de eficacia real.**

La doctrina partidaria de esta tesis sostiene que el cedente adquiere la propiedad de los inmuebles a construir antes de su existencia física y desde el momento en que se otorga la escritura de permuta. Ello permite una mayor protección del cedente, pues entienden que los inmuebles pasan al patrimonio de este último, por lo cual están a salvo de embargos y transmisiones a terceros. La argumentación de esta teoría se basa en que de conformidad al art. 8 de la LH pueden inscribirse los pisos comenzados, entendiendo como tales los que están meramente proyectados, siempre que se otorgue la escritura de obra nueva y la consiguiente escritura de división horizontal, en la que los pisos, deben estar perfectamente identificados, descritos e individualizados, e inscritos cada uno de ellos en su folio independiente. Con ello, se considera que los pisos tienen existencia aunque todavía no se encuentren edificados. Es lo que algún autor denomina adelantar el efecto traditorio.<sup>211</sup> La entrega se entiende realizada conforme a lo

---

<sup>209</sup> PLANA ARNALDO, M<sup>a</sup> Carmen. “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura”. Estudios. *op. cit.* pg.2096

<sup>210</sup> STS Sala 1<sup>a</sup> de 26 de abril de 2007. Recurso 456/2007. (RJ 2007,2393). Magistrado ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Gil Sierra de la Cuesta.

<sup>211</sup> CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen. *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. Editorial Dilex. 2008. 6<sup>a</sup> edición. Pg. 312. “El modo más obvio de evitar esta negativa consecuencia es adelantar el efecto traditorio, de forma que, equivaliendo la escritura pública de permuta a la tradición del art. 1462CC, el cedente adquiera la titularidad sobre los inmuebles determinados antes de que se proceda a su construcción y entrega efectiva. Para que esta anticipación del efecto traditorio de la escritura sea posible es preciso que los pisos y locales estén ya determinados en el momento de la permuta, a través de la previa división horizontal. De otra forma, será preciso un acto de especificación bilateral o unilateral futura que transmitirá (sólo entonces) la propiedad de los inmuebles. En los casos en que no existe todavía división horizontal, lo que se inscribirá sobre el folio del solar es la existencia de una especial comunidad (prehorizontalidad) entre los

establecido en el art. 1462.2 del CC de tal forma que los requisitos exigidos para que se entienda realizada la entrega descansan en la necesidad de que conste en la escritura pública la voluntad inequívoca de las partes de transmitir el inmueble y la determinación del objeto conforme a lo establecido en la LPH. En cuanto al primer requisito de la voluntad de transmitir, la doctrina mayoritaria <sup>212</sup>entiende que no puede presumirse, sino que debe constar explícitamente, pues existirán supuestos en que las partes, no quieran que se produzca la transmisión hasta un momento posterior. Sin embargo otro sector de la doctrina,<sup>213</sup> considera que no es necesaria que se establezca explícitamente la voluntad de transmitir, ya que el propio art. 1462.2 del CC es claro al expresar “si de la misma no resultare o se dedujere lo contrario”. De ahí que entiendan que la regla general es la presunción de la transmisión y la excepción la no transmisión cuando las partes expresamente pacten la entrega para un momento posterior. Hay otro sector, que va más allá y considera que es necesaria la previa inscripción de los inmuebles para considerar transmitida la propiedad de los mismos. Entienden que con ello, se verifica la transmisión de la propiedad, pues con el asiento correspondiente se crea un signo exterior de reconocibilidad de la titularidad real.<sup>214</sup>

Coincidimos con este sector que considera que además de la escritura pública para que pudiera entenderse producida la entrega del inmueble, previamente determinado al menos debe éste constar inscrito en el Registro de la Propiedad, para darle al menos la apariencia de existencia aunque sólo sea jurídicamente.

---

*permutantes...Incluso al margen del efecto jurídico real inmediato de la escritura de permuta, los intereses del cedente podrían ser salvaguardados en parte si en la propia escritura se hiciera constar la obligación del promotor de contar con aquel para el otorgamiento de la declaración de obra nueva y división horizontal, obligación que debería inscribirse en el Registro y no ser rechazada como una simple mención de derechos personales.”*

<sup>212</sup> SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *op. cit.* pg. 82; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Permuta de solar por piso futuro. Posibilidades de inscripción de los pisos en construcción. Resolución de 16 de Mayo de 1996” *RCDI* 540, mayo-junio de 1997. Pg. 1137.

<sup>213</sup> ARNAU MOYA, Federico. “Transmisión propiedad en el contrato de cesión de solar por obra futura” *Actualidad Civil* núm. 6. Marzo 2009. pg. 665. Dice este autor: “Sin embargo, en mi opinión el tener literal del art. 1462.2 CC es tan claro al decir que si de la misma no resultare o se dedujere lo contrario, que la regla general debería ser la presunción de que el efecto traditorio querido es el simultáneo al otorgamiento de la escritura, presunción que se destruirá tal como dice el precepto, si de la escritura se dedujere el sentido contrario, es decir el aplazamiento de la entrega”.

<sup>214</sup> ZURITA MARTIN, Isabel. Entiende esta autora: “La existencia jurídica de los pisos o locales por medio de la inscripción suple la existencia física de los mismos, pero hasta tanto no se produzca esa constancia registral, la transmisión del dominio de parte del edificio al aportante resulta inviable, por la sencilla razón de que el inmueble no manifiesta su existencia ni física ni jurídicamente. Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección.” Libro Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada. pg. 1893. Este mismo razonamiento tiene LÓPEZ FRÍAS, Ana. *La transmisión de la propiedad en la permuta del solar por pisos*. Barcelona 1997. *op. cit.* pg.50.

También cabe mencionar la postura que respeta la rígida interpretación del régimen de entrega en nuestro ordenamiento que hace el TS, pero que se basa en la oponibilidad frente a terceros del derecho del cedente, a través de la inscripción del título simultánea o posteriormente a la declaración de obra nueva y división horizontal. Todo ello teniendo en cuenta que la LH permite en el art. 8, apartados 4 y 5, la inscripción de los pisos o locales correspondientes a favor del cedente del suelo, es lo que se puede entender como edificación comenzada la meramente proyectada.<sup>215</sup> La diferencia entre esta teoría y la anterior, es que intenta explicar la solución a la posición del cedente, desde la legislación hipotecaria, sin que para ello sea necesario entender transmitida la propiedad de los inmuebles al cedente. Compartimos esta última tesis, partiendo de que la protección más eficaz a la posición del cedente va a venir siempre establecida por su posibilidad de oponibilidad frente a terceros. Así si consideramos que es factible la inscripción de los inmuebles conforme al art. 8 apartados 4 y 5, a nombre del cedente, el problema del momento de la adquisición de la propiedad por parte del mismo, dejaría de tener tanta importancia. Este aspecto nos parece importante en relación a la seguridad jurídica que produce su existencia registral, así como su posibilidad de ser objeto de tráfico jurídico<sup>216</sup> y desde el punto de vista del cedente,

---

<sup>215</sup> LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli; “EL derecho del cedente de solar a cambio de obra futura: visión actualizada de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996. (Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996, en virtud de recurso gubernativo interpuesto contra la negativa a inscribir una escritura de segregación y permuta.” *RCDI* núm. 688, marzo-abril 2005. pg. 707. Entiende este autor: “*si el piso puede abrir folio independiente desde la inscripción de la división horizontal (art. 8.5º LH), si ésta se puede practicar desde que la construcción está comenzada (art. 8.4º LH) y si el comienzo de las obras se produce desde el momento de la aprobación del pertinente proyecto de obras (según han concluido la Dirección General y el I Simposio Internacional de Propiedad Horizontal) cabe esperar a obtener la licencia correspondiente para presentar en el Registro el título o títulos que consignen el contrato, la declaración de obra nueva y la división horizontal, para que puedan inscribirse los pisos a favor de los contratantes en la medida pactada para cada uno. Ninguna de las objeciones vistas atrás podría alegarse ya.*” Este autor también propone desde un punto de vista práctico para salvaguardar la posición del cedente, todas ellas desde el punto de vista de la protección registral así continúa exponiendo: “*En segundo término fuera de estas hipótesis, es decir, en un momento anterior a la constatación de la propiedad horizontal, también el ordenamiento nos ofrece la posibilidad de inscribir la citada titularidad del cedente como una cuota de presente en una comunidad ordinaria sobre el solar con el promotor-constructor, regulando estatutariamente la forma de extinción de la misma mediante la adjudicación concreta de elementos privativos de la propiedad horizontal. También una norma con rango legal lo permite: el artículo 392.2º del Código Civil. Como tercer recurso, todavía podríamos acudir al sistema del *numerus apenas limitado* en materia de derechos para reconocer al cedente un derecho de esta naturaleza sobre el suelo, consistente en la reserva del derecho o facultad de hacer suya parte de la edificación que sobre él se construya en el futuro.*”

<sup>216</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad” *RDPat.* 1998. núm. 1 pgs. 53 y ss. PÉREZ PÉREZ, Emilio. *La cotitularidades sobre bienes inmuebles.* op. cit. pg. 456. Ambos autores se muestran en contra, expresando el último que: “*no puede aceptarse que pueda adquirirse un derecho real sobre un objeto inexistente por mucho que pueda ser objeto de inscripción el régimen de propiedad horizontal de edificios cuya construcción esté al menos comenzada*” Por su parte, MARTÍN LANZAS, Eugenio-Pacelli; op. cit. pg. 703, entiende que “*en cualquier caso, la*

entrarían en funcionamiento los principios registrales y sería aplicable el art. 37 de la LH, relativo a la apariencia de titularidad real, con todo lo que implica a efectos de protección frente a terceros.

## 2.4 Tesis de la causa <sup>217</sup>del contrato o de la voluntad de las partes.

Además de las tres líneas doctrinales anteriores, hay que mencionar como últimas aportaciones doctrinales la doctrina de la causa del contrato.

Esta teoría formulada por ESPEJO LERDO DE TEJADA <sup>218</sup>argumenta que haciendo una interpretación correcta del contrato, puede protegerse la posición del cedente sin necesidad de efectuar cambios en nuestro ordenamiento jurídico en lo relativo a la adquisición de la propiedad. Por ello entienden que la entrega del suelo en este tipo de contratos solamente puede producir una transmisión al cesionario que llegue en su extensión dominical, como máximo, a la medida en que esa transmisión esté prevista como efecto definitivo del contrato. <sup>219</sup>

---

*discusión sobre si puede hablarse o no de propiedad sobre ese piso o apartamento futuro pero ya inscrito resulta inútil, si se repara en que ya es indudablemente objeto de derechos, como lo atestigua la posibilidad de constituir hipoteca sobre el mismo prevista en el art. 107 de la misma Ley.*

<sup>217</sup> BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. 3ª edición. 1998. Epígrafes 3.18.2 y 3.18.18. *La causa es un elemento esencial del contrato, junto con consentimiento, el objeto y la forma cuando se exige ad solemnitatem para la validez del contrato. La falta de causa, por tanto, la nulidad del contrato.*

*La causa sirve en primer lugar para identificar el contrato celebrado. Cuando el contrato es atípico, nos permitirá fijar la naturaleza y buscar por analogía el régimen jurídico aplicable. En este sentido, la causa se concreta en ese fin práctico común a las partes, y que viene a ser igual para cada tipo contractual, o desde otro punto de vista como se ha dicho, con la función económica y social de cada clase de contrato. Por otra parte, la causa cumple una función de licitud de los contratos, en cuando manifestación de la autonomía de la voluntad que no puede vulnerar el Ordenamiento. Además de este fin objetivo, el contrato en cuanto proyecto personal también puede responder a otras motivaciones, que pueden ser comunes a ambas partes, y que son las que realmente impulsan a contratar, por lo que su frustración también se puede tener en cuenta en algunos supuestos, al efecto de no permitir la vigencia de dicho contrato cuando ya nada significa para los contratantes. En este caso la causa tiene un claro componente subjetivo por la presencia de motivaciones individuales.*

<sup>218</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La permuta de suelo por edificación futura: Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema de Código Civil.* Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. Año 2011.

<sup>219</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La permuta de suelo por edificación futura: Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema de Código Civil.* Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. Año 2011. Pg. 12. Añade el autor: *“A nuestro juicio, resulta claro que en la economía de esta figura la entrega tiene más que ver con la necesidad instrumental de realización material de la obra por parte del cesionario que con su transmisión dominical inmediata y plena. Y es que, en realidad el objeto que debe cambiar de titularidad es la parte de la obra ya construida y terminada que se haya previsto en el contrato y no el simple solar. De hecho la finalidad del contrato muestra con nitidez que es la obra acabada la que debe distribuirse entre los contratantes, lo cual implica que el solar terminará siendo un elemento compartido por los contratantes, y que una inicial transmisión completa al cesionario resulta por completo inútil a los efectos de la finalidad del contrato. Esto impone por sí mismo un cambio de consideración acerca de las consecuencias de entregar el solar” op. cit. pg. 43.*



En este sentido hay que estar a la voluntad de las partes, por lo cual ha de considerarse que el cedente no entrega la totalidad de la propiedad del solar, sino solamente la posesión exclusiva del suelo mientras se construye.<sup>220</sup> En definitiva, el derecho de propiedad que adquiere el cesionario recae sobre su parte de las unidades construidas, al igual que lo hace el derecho del cedente. Con anterioridad a la finalización de la obra lo que existe es una comunidad existente sobre el suelo en proporción a lo que resulte del contrato. En nuestra opinión esta teoría entronca con la llamada causa impulsiva del contrato, entendida como la posibilidad excepcional de que los móviles o motivos particulares, reconocidos por ambos contratantes puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, viniendo a constituir parte de aquella, recogida entre otras, en la STS de 30 de diciembre de 1985.<sup>221</sup> Por ello, no hay que confundir entre causa, (entendida como móvil o fin inmediato de carácter objetivo del contrato o jurídico del contrato), y motivo (entendido como móvil remoto, de carácter psicológico o puramente personal).<sup>222</sup>

En estos casos, no es suficiente acudir a la causa tipo del art. 1274 del CC, sino que habrá que realizar una interpretación global del contrato como un todo unitario, en virtud de los artículos 1281 y 1282 del CC con carácter supletorio, a los efectos de determinar la intención evidente que impulsó a las partes a contratar y que se manifiesta en una voluntad bilateral, pues la vigencia de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes conforme al art. 1256 del CC.<sup>223</sup>

La adquisición de la propiedad tanto del cedente como del cesionario se hace por accesión.<sup>224</sup> Sin embargo, esta teoría comparte con la anterior la forma en que ha de

---

<sup>220</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *op. cit.* pg. 37

<sup>221</sup> STS de 30 de diciembre de 1985. Sentencia 1964/1985. Magistrado Ponente. Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño. (1985,1694).

<sup>222</sup> STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel. “Acerca de la causa impulsiva en la formación y cumplimiento de los contratos”. Diario La Ley 1986. Tomo 1. Editorial la Ley. mhtml:file://F:\articulo profesor storch.mht pg.11/18 (consultado 05-05-2015)

<sup>223</sup> STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel. “Acerca de la causa impulsiva en formación y cumplimiento de los contratos”. *op.cit* pg. 11/18.

<sup>224</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *op cit.* pg.68- 69. “No resulta posible, entonces considerar que el deber del constructor consistente en la entrega de los pisos o locales es calificable como traditio. Si la finalidad última del contrato es una situación real para ambas partes, el suelo inicialmente existente ha sido desde la entrega de titularidad compartida. En efecto, en lo que hace a la adquisición de las unidades inmobiliarias cuya construcción está prevista en el contrato, la concepción expuesta nos evita la dificultad de articular un mecanismo traditorio de los pisos o locales. En nuestra opinión, no es

procederse a la inscripción registral de la finca, conforme al art. 8, apartados 4 y 5 de la LH.<sup>225</sup> Esta postura nos parece además de innovadora, que es una construcción intelectual rigurosa desde el punto de vista del ordenamiento jurídico actual en lo relativo a la adquisición de la propiedad conforme al art. 609 del CC. y de la interpretación jurisprudencial del mismo. Esto es así, porque explica con total respeto al ordenamiento jurídico, la adquisición de los pisos por parte del cedente desde el principio del contrato de permuta; sin realizar interpretaciones forzadas del sistema de adquisición de la propiedad, ni tiene que recurrir a distinciones entre existencia real y existencia jurídica del inmueble, pues argumenta desde la teoría de la causa del contrato, la adquisición de la propiedad de los inmuebles que se construyen por accesión. La novedad reside en que dota de soporte jurídico sustantivo al proceso registral de inscripción de los pisos futuros mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, pues dota a los inmuebles de una existencia real, desde el respeto más escrupuloso al CC.

---

*necesario complicar las cosas de ese modo: la adquisición del derecho real sobre la edificación se produce por accesión. Y puesto que el suelo es compartido, también lo es la obra edificada. En este ámbito la posible entrega prevista en el contrato no es exigible para provocar la transmisión real de cada piso o local, por la sencilla razón de que no existe necesidad de transmisión de lo que ya es propio. Si acaso la entrega reflejará la simple determinación o concreción de los elementos en que se va a materializar la cuota de la que cada una de las partes era titular desde el momento en que se produjo la entrega del solar como consecuencia del contrato. No es este un ámbito en el que la entrega tenga que jugar un papel transmisivo, sino divisorio.*

*Puede ser también, que si el contrato ha determinado e identificado perfectamente los elementos de la construcción que correspondan a cada contratante, la entrega de los mismos no signifique más que su entrega material. Desde el punto de vista jurídico no habría más que la transmisión de la posesión, que hasta ese momento había correspondido al constructo. Se mueve la entrega, en cualquiera de los casos en el plano del cumplimiento del acuerdo divisorio celebrado entre las partes, y no en la traditio a la que se refiere el art. 609 CC.”*

<sup>225</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *op. cit.* pg. 94. Expone este autor: “En cuarto lugar, los supuestos más interesantes son aquellos en los que sí se pretende una transmisión inicial del solar, pero también se haya diseñado para el futuro una situación definitiva a favor del cedente de titularidad jurídica real que recaiga sobre la parte de la construcción. Hemos argumentado y repetido a lo largo del trabajo que en estos casos la causa concreta del negocio no permite afirmar que con la entrega del suelo se transmita la titularidad plena y definitiva del mismo al constructor. Por tanto, la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad no debería reflejar un derecho de propiedad del constructor sobre el solar. Entonces ¿qué asiento se debería practicar? Las posibilidades son varias. Una, que las partes hayan configurado una situación de prehorizontalidad, en virtud del art. 8.4º LH, en cuyo caso se inscribirá la operación a tenor de lo previsto en dicha norma. Otra, que en el título se hayan ofrecido elementos suficientes para cuantificar la cuota de la cotitularidad actual de cedente y cesionario sobre el inmueble originario, bien porque se haya determinado expresamente la cuota y las facultades de cada uno de los comuneros, o bien porque ello se pueda deducir de otro modo (por ejemplo, porque han quedado descritos los distintos elementos de la edificación definitiva que inicialmente que corresponden a cada parte). Finalmente, si nada se ha pactado, cabe pensar, que juega la presunción de participación del cedente y del cesionario por partes iguales formulada generalmente en el art. 393.2 CC. Obviamente también es posible que se pueda deducir del examen del título que esa presunción no debe jugar, pero que tampoco sea posible cuantificar exactamente la cuota y facultades que a cada uno de los partícipes corresponda. Estaríamos, a nuestro juicio, ante una defectuosa determinación de la situación jurídica real diseñada por las partes, que necesitaría ser subsanada por éstas para poder lograr la inscripción de sus respectivos derechos.

Compartimos totalmente esta interpretación porque que puede ser la solución correcta para entender conforme a derecho la protección del cedente.

RUDA GONZÁLEZ,<sup>226</sup> supera las teorías anteriores y considera que no es necesario para la protección del cedente, insistir en la adquisición de la propiedad del inmueble sino que es necesario dotarle mediante la modificación de la ley procesal civil de los medios necesarios para vencer en una tercería de dominio.

Por último, la tesis más radical sostenida por DEL MORAL BARILARI<sup>227</sup> es la que argumenta, desde la negación de la existencia de la permuta de cosa futura, que el cedente transmite la propiedad del solar simultáneamente con la transmisión de los pisos edificadas. De esta forma, se salvan los inconvenientes, de la transmisión del solar al cesionario, evitándose la posición de debilidad al cedente, pues la permuta no puede ser de cosa presente por cosa futura, de tal forma que hasta que no estén contruidos los inmuebles no se produce el intercambio.

Es decir, el cedente no pierde la propiedad del solar, hasta que no se le entregan los inmuebles contruidos sobre los mismos.<sup>228</sup> En nuestra opinión, esta última posición, es rechazable totalmente, por arcaica y contraria a las interpretaciones doctrinales y

---

<sup>226</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra*. op.cit. pg.279.

<sup>227</sup> DEL MORAL BARILARI, José Luis. "La falsa permuta de solar por obra futura". *La Notaria*. núm. 2/2013. pg. 54-59.

<sup>228</sup> DEL MORAL BARILARI, José Luis. "La falsa permuta de solar por obra futura". *La Notaria*. núm. 2/2013. pgs. 54-59. Este autor entiende: " Por todo ello, lo que debería de hacerse es lo siguiente: Pactar, en un primer estadio, una venta de solar sujeta a la condición suspensiva derivada de una reserva de dominio, con mera entrega física, sin tradición de la parcela a favor del promotor-constructor. La contraprestación sería la promesa del piso o pisos futuros. Después, cuando dichos pisos estén definitivamente contruidos, pactar una permuta sobre bienes ya existentes, en que el vendedor se limite a transmitir el modo (con mera cancelación de la reserva de dominio en el Registro de la Propiedad, si se ha inscrito) y el promotor-constructor entregue también el modo de los pisos contruidos. Así el primer acuerdo sería de entrega recíproca de títulos (título + título para obtener un título) y el segundo, de entrega recíproca y simultánea de modos (modo+ modo).

*Esto es lo que realmente se ajusta a la voluntad de las partes cuando pactan este tipo de acuerdos:*

*Por un lado, el vendedor quiere mantener garantías sobre el solar que vende, y qué mejor garantía que mantener la propiedad de lo vendido y obtener un título real e inscribible sobre la futura construcción.*

*Por otro lado, el vendedor también quiere que las garantías sobre su solar no dependan de la advertencia, suya o de sus asesores, a la hora de pactar garantías personales de devolución: seguro, aval a primer requerimiento, condición resolutoria etc. De esta forma sin embargo, no las necesita, toda vez que el Notario advertirá que sólo puede instrumentarse la operación mediante el reconocimiento de dicho título a favor del que cede el solar.*

*Por todo ello, el vendedor puede temer que acontecimientos posteriores como la aparición de ajenos de buena fe o la entrada de la promotora en concurso, le puedan perjudicar. Estas situaciones de esta forma también quedarían salvadas: en el primer caso, porque el título del vendedor no puede inscribirse sin la inscripción simultánea del título del comprador, y en el segundo, porque hasta que el promotor no termine la construcción, el solar sigue siendo propiedad de su titular originario."*

jurisprudenciales vigentes, puesto que parte de la base de la naturaleza de permuta de este contrato, y de la imposibilidad jurídica de la permuta de cosa futura; posibilidad que se encuentra ampliamente reconocida tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia.<sup>229</sup> A mayor abundamiento, si consideramos, como en nuestra opinión es así, la figura como contrato atípico de cesión de solar por obra futura, como distinto a la permuta, nada obsta a que, conforme al art. 1271 del CC, se pueda contratar sobre objeto futuro.

### **3. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA DGRN CON RELACIÓN A LA TRANSMISIÓN DE LOS INMUEBLES FUTUROS**

El debate sobre la adquisición de la propiedad por el cedente, no ha estado exento de discusión, y se han realizado también interpretaciones diversas en la Jurisprudencia. En sus pronunciamientos va a tener una influencia significativa la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001.<sup>230</sup>

#### **3.1 Posición de la Jurisprudencia.**

En una primera etapa, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no era unánime, ya que por un lado, había Sentencias que intentaban anticipar la adquisición del cedente, aún antes de que existieran los inmuebles, considerando que si el contrato de cesión se documentaba en escritura pública, operaba la equivalencia establecida en el art. 1462 CC, pues se cumple el requisito de la *traditio* y el cedente era propietario del inmueble

---

<sup>229</sup> GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Artículo 1538 CC”. en *Comentarios al Código Civil*. Tomo XIX. Artículos 1445 a 1541 del Código Civil. Título IV. Contrato de Compra y Venta. Disposición general. Id. Vlex: VLEX-257163 <http://vlex.com/vid/articulo-1-538-257163> pgs. 13-14/31 “No hay inconvenientes dogmáticos para que la permuta tenga por objeto cosas futuras. En defecto de una norma específica, tal posibilidad encuentra apoyo en la compraventa de cosa futura, admitida por la doctrina y la jurisprudencia, y también en la regla general del art. 1271. Será por tanto, válida la permuta de cosa presente por cosa futura, así como la de dos cosas futuras.”...”Debido a especiales circunstancias socioeconómicas se ha desarrollado bastante en los dos últimos años la contratación en forma de permuta consistente fundamentalmente en el cambio de un solar por determinado número de pisos o locales a construir en el mismo. Uno de los permutantes transmite ya la propiedad del terreno, pues el acipiens suele estar interesado en ostentar la titularidad del mismo a efectos registrales, mientras que este último asume la obligación de entregar pisos o locales en el edificio sobre aquel que se pretende construir. Aunque hay gran variedad de fórmulas jurídicas que permiten obtener idéntico o parecido resultado económico (quienes tienen solares y carecen de dinero para edificar obtienen pisos o locales mientras que el constructor no se ve obligado a realizar el gran desembolso económico que exige la adquisición de terreno), no hay duda de que la permuta es uno de los negocios típicos que pueden lograr aquella finalidad. Se trata de la permuta de una cosa presente por una futura.”

<sup>230</sup> STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001,1083), declaró contrarios a la ley, y por tanto nulos de pleno derecho los tres primeros párrafos del art. 13 del RH.

que le corresponde, aunque todavía no tuviera existencia física. Para ello, había de cumplirse dos presupuestos, por un lado la voluntad inequívoca de los contratantes de transmitir el objeto, y, por otro, la determinación del objeto.

Así, en la S.T.S, Sala 1ª, de 18 de mayo de 1994,<sup>231</sup> el Alto Tribunal reconoce la *traditio* en su modalidad de ficta, al no existir pacto en contrario, aplicando el art. 1462.2 C.C. De esta forma<sup>232</sup>, se produce el acceso al Registro de la Propiedad de la escritura pública de propiedad horizontal en la que aparecen los pisos atribuidos a los cedentes que permite la existencia jurídica de los inmuebles no construidos. Anticipa el efecto propio de la constitución de la propiedad horizontal.

Esta Sentencia, marca un cambio de tendencia del Tribunal Supremo<sup>233</sup>, por el que se presta mayor atención a la inscripción de las situaciones derivadas del contrato de cesión de solar. En este mismo sentido, se pronuncia la STS de 14 de noviembre de 1997.<sup>234</sup> En ambas Sentencias, el Alto Tribunal reconoce la oponibilidad del derecho del cedente sobre los inmuebles desde el momento en que se otorga la escritura pública tanto a efectos de tercería de dominio como de acción reivindicatoria. Esta postura coincide con la llamada teoría de la eficacia transmisiva de la escritura de cesión, que mantiene actualmente y de forma mayoritaria la doctrina.

Sin embargo, en esta época también hay Sentencias que niegan la eficacia transmisiva de la escritura pública en los negocios con objeto futuro, pues entienden que la entrega no puede realizarse hasta que el inmueble se encuentre terminado, y mientras tanto el contrato sólo tiene efectos entre las partes, pero no existe transmisión a favor del cedente oponible a terceros de buena fe.

---

<sup>231</sup> STS de 18 de mayo de 1994, Recurso 1545/1991 (RJ 1994,4094) Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández, en su fundamento 3º recoge: “...existe una escritura pública que acredita la transmisión de las viviendas y garajes objeto de discusión; el referido contrato se encuentra firmado y reconocido por ambas partes contratantes; a su vez y como se pone de relieve en el apartado a) del fundamento primero, la escritura pública de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal y concreción de derechos, en la que aparecen dichas fincas atribuidas al actor recurrido, fueron inscritas en el Registro de la Propiedad, lo que según la doctrina de Esta Sala refuerza la concurrencia en el presente supuesto de la *traditio* en su proyección de ficta, al no existir en el contrato nada en contrario, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1462 CC).

<sup>232</sup> PÉREZ PÉREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*. op. cit. pg. 454.

<sup>233</sup> ZURITA MARTÍN, Isabel, “El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia reciente del T.S”, *RDPat*. núm. 6, 2001, p. 463.

<sup>234</sup> STS. Sala 1ª, de 14 de noviembre de 1997. Sentencia 994/1997. Recurso 2878/1993, (RJ 1997,8123). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

En este sentido se pronuncian las SSTs, Sala 1ª de 9 de marzo de 1994.<sup>235</sup>, de 18 de septiembre de 1996,<sup>236</sup> y , de 9 de octubre de 1997.<sup>237</sup> Línea jurisprudencial basada en que la transmisión sólo se puede producir cuando los inmuebles existan físicamente, de forma que, hasta que finalice la obra, el cedente del suelo sólo ostenta un derecho de crédito contra el constructor de carácter puramente personal. Esto significa que el cedente únicamente puede transmitir el derecho de crédito para exigir la entrega de los pisos o locales, pero no la propiedad de los mismos; o bien niega la equivalencia de escritura y entrega, si no existe posesión efectiva en concepto de dueño por parte del cedente, tal y como se pronuncia la STS, Sala 1ª de 31 de mayo de 1996.<sup>238</sup> Esta Sentencia, señala que el art. 1462 CC, establece una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada en contrario. Coincide esta postura con la denominada por la doctrina “teoría de la negación de la eficacia transmisiva de la escritura”. Se puede concluir que esta es la línea que sigue actualmente la Jurisprudencia, exigiendo para entender obtenida la propiedad por el cedente, que los inmuebles se encuentren totalmente terminados y aptos para su uso, y que se haya producido la entrega de los mismos. Es decir, exige la teoría del título y el modo establecido en el art. 609 del CC y confirmado por el art. 1095 CC.

---

<sup>235</sup> STS de 9 de marzo de 1994, Sala 1ª, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres, Recurso 1994/2205 (RJ 1994,2205), en su fundamento tercero establece: “...a) La transmisión del dominio no afecta sólo a las partes en la compraventa sino que interesa a terceros, siendo ésta una de las razones por las que, en el sistema del Código Civil, inspirado en el Derecho Romano, la transmisión de la propiedad y demás derechos reales no se opera por la mera perfección del contrato si no es seguida de tradición (art. 609 y 1095 b) Es reiterada doctrina jurisprudencial que el actor-tercerista debe probar inexcusablemente para el éxito de la pretensión que ejercita ante los Tribunales, que le asiste la necesaria condición de ser propietario de lo que pretende librar de la traba, por haberlo adquirido conforme a ley. c) no cabe inferir del hecho de que el objeto de contrato fuera una vivienda en construcción que el comprador se convierta en dueño de la obra, pues lo cierto es que en este supuesto, la entrega no puede realizarse hasta que se halle terminada la construcción, y entretanto el contrato de compraventa produce sus efectos propios inter partes pero no existe transmisión dominical a favor del comprador; c) La circunstancia de que el señor P. de la V., para mejorar la vivienda comprada abonase algunas cantidades a suministradores de materiales para la realización de mejoras sobre lo inicialmente previsto (hecho probado) tampoco significa que hubiera entrado en poder y posesión de la cosa vendida (art. 1462.1º), ya que sólo revela una conducta incidente en la relación contractual entre vendedor y comprador, que no puede asimilarse a la cosa vendida ni presupone que el comprador tenga la posesión de ésta, que sigue siendo una vivienda en construcción poseída por la vendedora.”

<sup>236</sup> STS Sala 1ª de 18 de septiembre de 1996. Recurso 3678/1992 (RJ 1996,6726) Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

<sup>237</sup> STS Sala 1ª de 9 de octubre de 1997. Recurso 2689/1993 (RJ 1997,2679). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Hernández Gil.

<sup>238</sup> STS (Sala 1ª) de 31 de mayo de 1996, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, Recurso 3281/1992 (RJ 1996,3860), en su fundamento primero establece: “...la propiedad no se transmite por la mera perfección de los contratos, si no va seguida de su tradición, conforme a los art. 609 y 1095, ya que la conjunción de los dos elementos, título y modo de adquirir, determinan la transformación del originario ius ad rem en ius in rem Dicha obligación de entrega no la desvirtúa el art. 38 de la LH, toda vez que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la parcela controvertida sólo establece simple presunción posesoria “iuris tantum” a favor de los titulares registrales.”

### 3.2 Posición de la Dirección General de Registros y Notariado

La DGRN también ha intentado anticipar la adquisición de los pisos futuros por el cedente, admitiendo que el otorgamiento de la escritura, producía el efecto transmisorio, sin que la inexistencia del objeto fuera un impedimento. El requisito fundamental para que operara la transmisión era la voluntad de las partes de transmitir el objeto futuro.

Así la RDGRN de 16 de mayo de 1996 <sup>239</sup> considera que la escritura de permuta no sólo permite la adquisición de la propiedad del solar para el cesionario, sino que también permite al cedente la adquisición de los pisos en construcción, mediante la inscripción en el folio de la finca que aparece como solar, para que una vez iniciada la construcción del edificio, se inscriba la propiedad horizontal y se abran los folios separados para las unidades independientes, realizando ya directamente las inscripciones a nombre del primer propietario del solar, sin necesidad de inscribirlos primero a nombre del constructor. Es decir, sería una adquisición de modo originario y no por la transmisión de los inmuebles que le hace el promotor. <sup>240</sup> Esta resolución fundamenta lo anterior, considerando que el piso o local de un edificio en construcción es un objeto complejo en transformación, que participa por la cuota que se le asigne al piso, en la comunidad que recae sobre el solar. Con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que debe cumplirse por medio de acta notarial. En este sentido, la resolución distingue entre tradición y entrega a efectos solutorios. <sup>241</sup> El efecto traditio es propio de la escritura pública aún cuando no provoque el traspaso

---

<sup>239</sup> RDRN de 16 de mayo de 1996 BOE 12-06-1996.

<sup>240</sup> PÉREZ PÉREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles. op. cit.* pg. 444.

<sup>241</sup> MUÑIZ ESPADA, Esther; AVILÉS GARCIA, Javier; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; COSTAS RODAL, Lucía. GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> del Carmen; MORALES IMBERNON, Nieves; RUBIO GARRIDO, Tomás. *Contratos con finalidad traslativa de dominio*. Epígrafe 12. Contrato de Permuta. Cesión de Solar por pisos y/o locales en el edificio a construir. Pg. 23/40. <http://www.tirantoline.com>. En este mismo sentido se pronuncia SABATER BAYLE, Elsa. “Posposición de condición resolutoria a futura hipoteca en un contrato de permuta de solares por finca futura”. CCJC. núm. 91. enero-abril 2013. pg. 295 dice: “Esta teoría de la Dirección General, que descansa en la distinción entre la entrega posesoria y el otorgamiento del instrumento o escritura, como formas admitidas de traditio de carácter alternativo y no necesariamente simultáneo.”

posesorio.<sup>242</sup> El deber de entrega que recae sobre el cesionario y que queda diferido hasta el momento en que la cosa tenga una existencia actual no es más que una forma de cumplir una obligación de entregar una cosa ajena ya al deudor.

Esta Resolución, no ha estado exenta de críticas por parte de algún autor<sup>243</sup>, en el sentido de que la posesión del cedente sobre el inmueble construido es esencial, ya que no puede llamarse *traditio* a lo que no sea cesión en concepto de dueño.<sup>244</sup> Por otro lado, también expresa que no puede adquirirse un derecho real sobre un objeto inexistente aunque pueda ser objeto de inscripción el régimen de propiedad horizontal del edificio cuando la construcción esté al menos comenzada. Sin embargo, otro sector doctrinal,<sup>245</sup> entiende que lo más positivo de esta Resolución es la aceptación plena de la eficacia traditoria que de los pisos a construir tiene la propia escritura de permuta de solar, y la adquisición de un inmediato derecho real a favor del cedente. Es decir, la transmisión de la propiedad del suelo y la adquisición de los pisos tendría carácter simultáneo.

---

<sup>242</sup> GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, María. “La tradición instrumental como peculiar forma de *traditio*” *RCDI* núm. 706. marzo-abril 2008. pg. 929. Entiende esta autora: “*En definitiva el vendedor seguirá obligado a la entrega de la cosa, y deberá cumplir dicha obligación y responder por ella, pero ya ha transmitido la propiedad, pues ha habido título y modo.*”

<sup>243</sup> CHICO ORTIZ José María. “Resolución de 16 de mayo de 1996” en *RCDI*, núm. 638 enero-febrero 1997. pg. 182. Critica este autor la citada Resolución cuando dice: “*A la Dirección General es todavía más difícil de seguirla en su razonamiento, pues distingue entre la “transmisión dominical aunque no provoque igualmente el traspaso posesorio”. Si no hay modo mal puede haber transmisión dominical, pues el otorgamiento de la escritura bien claramente dice que la entrega de los pisos deberá hacerse por acta notarial. Refuerza su argumento diciendo que el adquirente del terreno que se obliga a entregar los cinco pisos que construya, contrae la obligación de “entregar una cosa ya ajena al deudor”. De los hechos relatados se deduce que la primera inscripción es de dominio del terreno a favor del constructor y que la segunda –presentado el documento simultáneamente- es de obra nueva en construcción, división horizontal y folios independientes de cada piso, realizándose todo ello, “a favor de la entidad promotora referida”. Si esto es así, y aplicamos el art. 38 LH no sólo se presume que el derecho existe y pertenece al constructor, sino que también se presume la posesión. Lo cual barre jurídicamente el argumento de la Dirección de entregar una cosa ajena.*”

<sup>244</sup> MIQUEL GONZALEZ, J.Mª, “El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad” *RDPat*, 1998, núm. 1 pgs. 53 y ss

<sup>245</sup> CARRASCO PERERA, Ángel. “Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996. Inscripción de escritura de segregación y permuta de solar por pisos futuros. Adquisición de la propiedad de los pisos. Modo de acceso al Registro del derecho del cedente del solar”. *CCJC*, 1997 núm 43 pgs. 61 y s.s.; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Permuta de solar por piso futuro. Posibilidades de inscripción de los pisos en construcción. (Resolución de 16 de mayo de 1996. BOE de 12 de junio de 1996).” *RCDI*. núm. 640. mayo-junio 1997. Pg. 1137. Este autor, se muestra a favor de esta Resolución, en cuanto a la posibilidad de inscripción del piso futuro, pero critica duramente la posición de la DGRN, al entender que las partes no habían pactado la transmisión actual de los pisos futuros cuando dice: “*En definitiva, creemos que, evidentemente, el piso futuro puede ser configurado como finca registral ya en presente. Pero la titularidad dominical de ese piso futuro (inscribible a nombre del dueño del terreno o de los asignatarios de los pisos futuros) dependerá de los pactos negociales de cada caso concreto, no cabiendo que la Dirección General de los Registros y del Notariado supla la voluntad dudosa y discutible de las partes con declaraciones doctrinales uniformes sobre la naturaleza conceptual del piso futuro.*”



Esta teoría supone una garantía para el cedente, pues le salvaguarda de las anotaciones de embargo practicadas por acreedores del cesionario. Pero reconoce también que esta protección es incompleta por no alcanzar a las adquisiciones de la propiedad del piso futuro aunque aproxima la transmisión de la propiedad del piso futuro a la regla *solo consensu* (principio de consentimiento), que rige en otros países como Francia e Italia, en los que a pesar de ello, no admiten la transmisión actual del piso futuro.<sup>246</sup>

En este mismo sentido se pronuncia la RDGRN de 5 de enero de 1999<sup>247</sup> que admite la transmisión dominical de los inmuebles futuros desde el otorgamiento, pues reconoce expresamente el efecto traditorio inherente a la escritura pública, considerando que el acta de entrega posterior, no es un nuevo consentimiento de las partes sino que se trata sólo de hacer constar la realización de un hecho que no interfiere la eficacia traditoria que tuvo la escritura de permuta.

El TS y la DGRN, a raíz de la STS de 31 de enero de 2001,<sup>248</sup> han ido matizando las Resoluciones anteriores, y así ya en la RDGRN de 13 de julio de 2005, se inscribe el derecho del cesionario y se rechaza la inscripción del derecho del cedente, ante la necesidad, para la inscripción, de establecer una comunidad sobre el solar. En esta resolución, la DGRN viene a entender a *sensu contrario* que no es posible la existencia de un derecho real sobre un objeto inexistente desde el momento en que basa la inscripción en la cotitularidad de un objeto existente, como es el solar, reconociendo en definitiva que lo que ostenta la recurrente es un derecho de crédito no inscribible conforme al art. 2 de la LH. Esta Resolución viene a recuperar la necesaria constitución de una comunidad sobre el suelo como requisito imprescindible.<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> RUDA GONZALEZ, Albert. “Transmisión del dominio en la cesión de suelo por obra. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 26.2.2001. *Libro Homenaje de la Universidad de San Marcos*. Perú. pg. 17

<sup>247</sup> RDGRN de 5 de enero de 1999 (BOE 09.02.1999).

<sup>248</sup> RDGRN de 13 de julio de 2005 (BOE 09.09.2005) en su fundamento tercero párrafo segundo establece: “No obstante como se ha dicho acertadamente, si en el contrato se establece una comunidad sobre el solar, no cabe duda de que tal comunidad sería inscribible, pues la copropiedad del solar es evidentemente un derecho real y recae sobre un objeto existente. Lo que ocurre en el presente caso es que no se establece ninguna comunidad sobre el solar, sino el derecho a una parte de lo construido que no consta que exista, y es claro que no cabe un derecho real sobre una cosa no existente aún, y tampoco se establece garantía real sobre la contraprestación pactada (cfr. párrafo final del citado artículo 13), que podría inscribirse de conformidad con el art. 11 de la Ley Hipotecaria.

<sup>249</sup> SABATER BAYLE, Elsa. “Posposición de condición resolutoria a futura hipoteca en un contrato de permuta de solares por fincas futuras. Sentencia de 30 de mayo de 2012”. *CCJC* núm. 91. enero-abril de 2013. pg 301.

Más recientemente, la RDGRN de 7 de mayo de 2009, analiza un supuesto de una escritura que modifica otra de compraventa anterior, pactándose en sustitución de la obligación de pago aplazado prevista en la escritura, la de entregar una serie de pisos, plazas de garaje y locales destinado a trasteros en el edificio a construir. La Resolución confirma la denegación del Registrador, por entender que no resulta de la escritura la “traditio instrumental o jurídica” de los pisos a realizar ni la creación de una comunidad sobre el solar. El Registrador inscribe únicamente la transmisión del terreno, denegando la inscripción de la contraprestación de la entrega de inmuebles, al considerar que es una relación puramente obligacional.<sup>250</sup>

En este caso, no existe la *traditio* instrumental del art. 1462 CC <sup>251</sup> porque las partes, en el contrato, acordaron que la constructora se obligaba a entregar los referidos elementos totalmente contruidos, de ahí que son los propios contratantes, los que expresamente excluyen la entrega instrumental, al condicionar la entrega a la terminación total de los inmuebles.

Pero volviendo al estudio jurisprudencial necesario tras el análisis de las RRDGRN, la Jurisprudencia del T.S posterior a la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001 ha sentado los criterios necesarios para la adquisición de la propiedad por el cedente

---

20 RDGRN de 7 de mayo de 2009, BOE 09.06.2009 en su fundamento segundo dice: “Este Centro Directivo, ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de configurar la permuta de solar sobre obra futura, tanto con carácter obligacional, como con eficacia real, determinante de la transmisión actual de los pisos y locales en el edificio a construir en la mitad que se genere una comunidad sobre el solar y siempre que la escritura pública de permuta determine la transmisión actual, pues en tal caso equivale a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical. (cfr. artículo 1462 CC). El fundamento cuarto de la misma Resolución continúa diciendo: “Sin embargo en el supuesto de hecho de este expediente, claramente se establece una escritura de rectificación –en su cláusula primera- “la sustitución de la obligación de entrega en dinero por la de entregar los elementos que en dicha escritura se expresan y –en la cláusula cuarta- la sociedad constructora “se obliga a entregar los referidos elementos totalmente terminados” por lo que a tenor del contrato resulta que las partes lo han configurado con carácter puramente obligacional, sin que se garantice con ningún tipo de garantía real la contraprestación. No resulta de la escritura la traditio instrumental o jurídica de de los pisos o locales a construir ni por ende la creación de una comunidad sobre el solar.

<sup>251</sup> GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, María. “La tradición instrumental como peculiar forma de traditio” *op. cit.* pg. 929, coincide con este criterio de la DGRN cuando entiende que: “La escritura pública es una presunción de traditio, con transmisión de la posesión jurídica con voluntad transmisiva de dominio, no como presunción de mera entrega física de la cosa. Por eso cuando el propio artículo establece que se presumirá ese efecto, si de la misma no se dedujere lo contrario, se está refiriendo a la posibilidad de que las partes excluyan en la escritura, no la entrega de la posesión material, sino el propio efecto traslativo del dominio. Si eso se dedujera de la escritura, entonces no habría transmisión dominical alguna; es decir no había modo (aunque existiera escritura); pero si se excluye únicamente la entrega de la posesión del bien, (porque se lo reserva el vendedor, o porque no lo tiene en ese momento), hay traditio y, modo, y por tanto se transmite el dominio.” En cuanto a la imposibilidad de inscripción de escritura considera esta autora: “ Si en la propia escritura que se presenta a inscripción, se excluye expresamente el efecto traslativo del dominio, esa escritura no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, porque entonces, no ha habido transmisión ni adquisición de la propiedad.”

sobre los inmuebles futuros, aplicando el sistema del título y modo.<sup>252</sup> La Sala 1ª del Alto Tribunal, entiende que para que exista transmisión de los inmuebles comprometidos a favor del cedente, éstos deben estar totalmente contruidos, y entregados en condiciones de servir para el uso correspondiente. Es lo que la STS de 26 de abril de 2007,<sup>253</sup> recoge que *no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, cedentes del suelo, como justa contraprestación siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio.*<sup>254</sup>

La SAP de Ciudad Real de 12 de abril de 2011,<sup>255</sup> reitera esta doctrina y establece que la obra tiene que estar terminada , efectiva y funcionalmente, para que la entrega instrumental del art. 1462 CC, mediante otorgamiento de la escritura pública se constituya en el necesario modo de adquirir su propiedad a tenor de los arts. 609 y 1095 CC, sobre la base de un título meramente obligacional.

También la Jurisprudencia viene exigiendo como requisito necesario para que se entienda realizada la entrega, que el objeto esté individualizado, es decir que la posesión esté determinada sobre inmuebles concretos, y no sea una posesión genérica, de tal forma que si al cedente le han sido entregadas las llaves del edificio y no se determina cual le corresponde del total de lo edificado, se entiende que no hay *traditio* o entrega.

En la STS de 18 de febrero de 2005<sup>256</sup> se contempla un supuesto en el que el cedente interpone una tercería de dominio basando su derecho en que el inmueble embargado era propiedad suya con antelación al embargo trabado, pues la empresa cesionaria, le había entregado la obra para finalizarla, y las llaves de las distintas viviendas. La Sentencia, entiende que el cedente no es titular del inmueble con carácter

---

<sup>252</sup> La STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001. (RJ 2001,1083) a este respecto reconoce textualmente: “Ni el significado de la *traditio ficta*, recogidos en los arts. 1462 y 1463 del CC, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualizadas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado (...) no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional”.

<sup>253</sup> STS (Sala 1ª, Sección 1ª) de 26 de abril de 2007, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Gil Sierra de la Cuesta, Recurso 456/2007 (RJ 2007,2393).

<sup>254</sup> En este mismo sentido se pronuncian las SSTS 18 de febrero de 2005 (RJ 2005,1681); 28 de febrero de 2006 (RJ 2006,696); más recientemente, las SSTS de 23 de enero de 2007 (RJ 2007,595) (la STS Sala 1ª Sección 1ª) de 14 de junio de 2007, Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares. (RJ 2007,3515).

<sup>255</sup> SAP de Ciudad Real (Sección 1ª), de 12 de abril de 2011, Magistrado Ponente D. Ignacio Escribano Cobo, Recurso de Apelación 29 /2011 (RJ 2011,208975 )

<sup>256</sup> STS Sala 1ª 18 febrero de 2005, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael de la Cuesta Cascajares, Recurso 3487/1998 (RJ 2005,1681)

previo al embargo porque aunque realizó las obras y se le entregaron las llaves de la edificación no basta la escritura firmada con posterioridad al embargo, cuando se concretan los locales por las partes.<sup>257</sup> Sin embargo resulta curiosa, la SAP de Granada de 28 de Mayo de 2001, que, en un procedimiento de tercería de dominio, declara acreditado el dominio de los cedentes, aplicando la doctrina recogida en la RDGRN de 16 de Mayo de 1996, al reconocer que se ha producido la tradición instrumental por el art. 1462 CC.<sup>258</sup> al encontrarse otorgada la escritura pública, realizada la obra nueva y la división horizontal, donde se adjudica a cambio de la cesión de dos locales y un piso, fijándose como consecuencia de la división horizontal las correspondientes cuotas de participación y cuotas de comunidad. Esta escritura se inscribió en el Registro de la Propiedad el 2 de Julio de 1996, y los cedentes se negaron a recibir los inmuebles por estar incompletos, dando lugar a un procedimiento por esta causa, que fue acogido por el Juzgado de 1ª Instancia y desestimado por la Audiencia, encontrándose en proceso de ejecución. En definitiva, los terceristas no han recibido las llaves de los inmuebles.

---

<sup>257</sup>STS de 18 de febrero de 2005, en su fundamento quinto letra b) recoge: No obstante, esta compra de cosa futura (art. 1271 C.C y SS. de esta Sala, entre otras, de 9 de Noviembre de 1993, y 11 de Mayo de 1998, que exigen la “*determinación*” de lo vendido, que aquí se da, por su ubicación y medida superficial), precisaba para llegar a constituir título de dominio para sus coadquirentes, de la construcción y entrega de su posesión a los mismos, lo que no se hace hasta la escritura de constitución y entrega de la posesión (con la pérdida voluntaria de la condición resolutoria no ejercitada), escritura posterior a la anotación de embargo. Continúa la Sentencia en el mismo fundamento letra c) Las escrituras de 1993, no son de confirmación del cumplimiento de las de 1989, puesto que en ellas se cancelan las condiciones resolutorias pactadas en ésta. El aspecto que contienen, pues, de la entrega de la posesión, no lo es también de ratificación de lo que se había producido en la realidad, cuando la promotora entregó la obra inconclusa a las partes, pues como dice la Sentencia de la Audiencia, aún mediando entrega de llaves, no estaban los locales concretados por las partes entre sí, lo que se hace solo en las escrituras de 1993”.

<sup>258</sup> SAP de Granada (Sección 3ª) de 28 de mayo de 2001, Magistrado Ponente D.Klaus Jochen Albiez Dorhmann, Recurso de Apelación 1177/2000 (RJ 2001,2060), en su fundamento primero establece: “De todos estos datos se colige que se ha producido por el efecto de la tradición instrumental ex art. 1462 del CC una transmisión sobre un objeto ya transformado al estar en construcción, perfectamente individualizado en la escritura de 21 de Mayo de 1996, aunque no se han entregado las llaves como reconocen los propios terceristas en su confesión judicial. Al hablar de pisos en construcción, según la doctrina científica, se contempla un resultado futuro, pero no una cosa futura, sino una cosa presente en transformación, un objeto jurídico en formación que permite superar ya ab initio, el estadio puramente obligacional para entrar ya en el ámbito de la relación jurídico-real (así García Arango) También precisa la doctrina científica que el título y el modo es predicable con mayor énfasis si el contrato de cambio de solar por edificación futura se ha constituido en escritura pública y se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, incluso si se ha realizado declaración de obra nueva y división horizontal con constitución de régimen de propiedad horizontal, apareciendo el tradens como titular de los pisos o locales convenidos (así Serrano Chamorro) ... La RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996,3950) referida a un caso de permuta de solar por pisos, en el que la imposible simultaneidad teórica del intercambio de suelo por obrano obstaculiza la inmediata eficacia traditoria que respecto de los bienes intercambiados tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública.”

Por el contrario, la STS de 23 de enero de 2007<sup>259</sup>, reconoce producida la transmisión de los inmuebles al cedente, porque éste ejercitó la facultad de elegir los apartamentos a cambio del suelo cedido, tomando el cedente la posesión material de varios apartamentos. En este supuesto concreto, en el contrato de cesión celebrado ante Notario en fecha 27 de Junio de 1987, el propietario del terreno le cedía a la promotora un terreno a cambio de un porcentaje determinado de los apartamentos correspondientes al complejo turístico, por lo que una vez construido, se otorgó la correspondiente escritura de obra nueva y división horizontal el 28 de Septiembre de 1989 donde se identifican los apartamentos en que se dividían. Con posterioridad es cuando se procede a la elección de los apartamentos.

Por su parte, la SAP de Barcelona, Sección 1ª de 11 de noviembre de 2008<sup>260</sup> reconoce la propiedad de la cedente, porque consta la escritura pública de permuta que determina la vivienda que se le adjudicará, con todas las precisiones necesarias de superficie y calidades en memoria adjunta, constando dicha escritura inscrita en el Registro de la Propiedad, y el modo viene materializado mediante la entrega de llaves de la vivienda.

En ambos supuestos, podemos observar, que las partes, en el contrato de cesión que firmaron en su momento, por el que acordaron la transmisión del solar al cedente a cambio de pisos futuros, el objeto no estaba totalmente determinado, aunque si existían criterios de determinabilidad.

En cuanto al concepto de objeto determinado o la determinabilidad del objeto se ha pronunciado la Jurisprudencia en numerosas ocasiones, siendo en este caso la más reciente la STS 30 de marzo de 2012.<sup>261</sup> En la entrega es necesario pues, que el objeto

---

<sup>259</sup> STS (Sala 1ª) Sección 1ª de 23 de enero de 2007, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. (RJ 2007,595).

<sup>260</sup> SAP de Barcelona, Sección 1ª de 11 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente D. Enrique Alavedra Farrando, Recurso de Apelación 541/2007 (TOL1.439.666)

<sup>261</sup> STS, (Sala 1ª) de 30 de marzo de 2012, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Recurso 792/2009 (RJ 2012,127622), en su fundamento de derecho primero establece: *“El artículo 1271 párrafo primero CC, admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una cosa futura. No importa que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino basta una razonable probabilidad de existencia. Ello no es incompatible con la certeza, la cual se refiere a la determinación o identificabilidad, no a la existencia (arts.1273, 1445, 1447 CC). La falta de determinación deja el contrato al arbitrio de uno de los contratantes, por lo que afecta al principio de la “necesitas” que es esencia de la obligación. El objeto está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva sobre las que las partes quisieron contratar. La determinación supone que hay identificabilidad, de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos, el acreedor conoce lo que puede exigir y*

esté perfectamente determinado, e individualizado, aunque la concreción pueda hacerse con posterioridad a la firma del contrato. Se entiende que un inmueble está determinado, cuando en la escritura de permuta o posteriormente en la escritura de obra nueva y división horizontal se identifica su superficie, calidades, situación etc.

En el primero de los supuestos, el TS entendió que no existía entrega de los inmuebles, a pesar de que el cedente tenía las llaves y había finalizado las obras a su costa, porque no estaban determinados los inmuebles que correspondían al cedente. Por el contrario, en el segundo supuesto, el cedente había elegido y concretado aquellos inmuebles que le correspondían en pago de su contraprestación.

#### **4. EL VALOR DEL ACTA DE ENTREGA DE LOS INMUEBLES AL CEDENTE EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD**

En muchas sentencias, la Jurisprudencia, tanto del TS como de las Audiencias Provinciales, hace referencia al acta de entrega<sup>262</sup> de las viviendas al cedente. El acta de entrega es un documento público en el que queda reflejado, de forma fehaciente, que el cesionario hace entrega de la vivienda al cedente, conteniendo, además, la conformidad de éste con el objeto entregado, en el sentido de que el mismo se ajusta a las características y calidades de construcción pactadas en la escritura o en el contrato de permuta, suscrito al inicio por las partes.

La cuestión es si el otorgamiento del acta de entrega es requisito obligatorio o no para la adquisición de la propiedad por el cedente. En este sentido, el propio art. 13 del R.H, en uno de sus párrafos anulados por la STS de 31 de enero de 2001, expresaba que no era necesaria el acta de entrega<sup>263</sup>. Aparentemente, se podía deducir que el acta de

---

*el deudor lo que tiene que entregar para cumplir su obligación. La Jurisprudencia admite que es suficiente "la determinabilidad" lo cual hace referencia a una situación en que no hay determinación inicial, en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero si cabe la determinación posterior, siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo entre los contratantes para su fijación."*

<sup>262</sup> Nos referimos a acta de entrega como documento notarial en el que se recoge fehaciente en numerosas ocasiones el acto de la entrega del inmueble construido del cesionario al cedente. Pero este documento es diferente del acta de recepción de obra terminada.

<sup>263</sup> Art. 13 del RH, párrafo 2º establecía: "Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá por sí solo otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega."

entrega era un requisito obligatorio, salvo cuando se otorgara la escritura de Propiedad Horizontal conforme a lo establecido en dicho artículo y se entendía adquirida la propiedad actual de los inmuebles futuros por parte del cedente.

Pero lo cierto es que la Jurisprudencia no exige el otorgamiento del acta de entrega como requisito obligatorio a los efectos de tener por efectuada la *traditio*, sino que la entrega de la posesión se entiende también realizada con la entrega de llaves de los inmuebles o mediante la realización por el cedente de actos o facultades propias del dueño. Esto es así, porque nuestro ordenamiento jurídico admite la tradición fingida, ya sea en sus categorías de simbólica o de instrumental. La SAP de Las Palmas de 21 de julio de 2011,<sup>264</sup> en un procedimiento de tercería de dominio la parte ejecutante se opone al entender que la entrega de llaves no implicaba la entrega de posesión porque las partes, cedente y cesionario, habían pactado que la entrega se efectuaría con la escritura de perfección o ejecución de permuta. La Sala, por el contrario, reconoce efectuada la entrega, además de por la entrega de llaves, por la realización por el cedente de actos de riguroso dominio como la contratación con una empresa del cambio de enchufes de la vivienda y remates en el techo.

Esta misma Sentencia, considera el acta, en este caso, como una concreta regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa que ya es ajena al cesionario pues la entrega real ya se había producido con anterioridad.

La STS de 23 de enero de 2007<sup>265</sup> entiende que el cedente toma posesión de los inmuebles, cuando, ya construido el complejo urbanístico, se ejercitó la facultad de elegir los apartamentos.

Por su parte, la STS, de 13 de octubre de 2010,<sup>266</sup> (en un supuesto en que no se había pactado la obligación de acta de entrega de los inmuebles, el cesionario solicita

---

<sup>264</sup> SAP de las Palmas (Sección 4ª) de 21 de julio de 2011, Magistrado Ponente Dª María de la Paz Pérez Villalba, Recurso de Apelación 463/2010 (RJ 2011,376222).

<sup>265</sup> STS (Sala 1ª) de 23 de enero de 2007, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. (RJ 2007,595)

<sup>266</sup> STS (Sala 1ª) Sección 1ª de 13 de octubre de 2010. Recurso 1957/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. (RJ 2010,8010), que en su fundamento tercero in fine establece: *Es un hecho no discutido que los locales comerciales ubicados en el bajo del edificio construido sobre el solar cedido se pusieron materialmente en poder de la sociedad demandada, que los recibió físicamente e hizo actos de posesión sobre ellos, de forma que, no solo no rehusó la entrega pese al retraso luego acreditado sino que se dispuso a concertar diversos contratos de arrendamiento, e incluso a fundar su demanda reconvencional en aquella circunstancia junto a una supuesta –no probada– diferencia de valor. En esta tesitura, que tampoco haya sido objeto de discusión que en la escritura pública otorgada*

que el cedente otorgue acta de entrega del inmueble) estima el recurso basándose en el art. 1258 CC, por el que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino a todo aquello que es conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Sin embargo, habitualmente se suele hacer coincidir el acta de entrega con la entrega efectiva y material del inmueble. Esto no significa que sea obligatorio su otorgamiento, pues solamente constituye un modo más de cumplirse la obligación de entrega <sup>267</sup>o en su caso cuando la entrega se ha efectuado por otro modo, tiene la validez de una prueba documental de que se ha llevado a cabo dicha entrega, y sobre todo, en su calidad de documento público, permite la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles objeto de la contraprestación a nombre del cedente.

## **5. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD REGULADA EN EL ART. 13 DEL RH MODIFICADO POR EL RD 1867/1998 DE 4 DE SEPTIEMBRE. LOS EFECTOS DE SU DECLARACIÓN PARCIAL DE NULIDAD POR LA STS (SALA 3ª) DE 31 DE ENERO DE 2001.**

---

*en su momento, no se hizo mención alguna a la obligación de Padoma de otorgar acta de entrega de los locales al tiempo de su recepción material no es factor decisivo para excluir tal obligación de entre las que incumbían a la demandada, por derivar de modo implícito de la propia naturaleza del contrato, antes mencionada, y de la buena fe objetiva que ha de presidir cualquier relación contractual, manifestada aquí en la necesidad de proteger la expectativa de que así fuese a que coadyuvó la propia conducta de la actora. Por tanto, y con independencia de las consecuencias derivadas del retraso en que incurrió no existen razones para negar a la actora su derecho a disfrutar de los beneficios inherentes a la posibilidad de acreditar documentalmente incluso frente a terceros y a los efectos oportunos que cumplió lo que era su obligación contractual esencial.”*

<sup>267</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo Segundo. Derecho de cosas. Volumen 1º. Los derechos reales en general. El dominio. La posesión.* 13ª edición. Editorial Reus 1987. Pg. 336. Define el autor, como” *Tradición fingida (traditio ficta), cuando la entrega de los bienes no es real o material sino que consiste en ciertos hechos demostrativos de ella. Reconoce las siguientes variedades: 1º la tradición simbólica que es aquella que consiste en la entrega de signos o cosas representativas de la que se transmite (como llaves, títulos etc.) y 2º la tradición instrumental, en la que se sustituye el cambio real de la posesión por la forma escrita, con entrega del documento que acredita la compra o la liberalidad.”*



## 5.1 La transmisión de la propiedad en el art. 13 del RH

La reforma del art. 13 del RH, por el RD 1867/1998, vino a regularizar, la interpretación que, sobre la transmisión de la propiedad, venía realizando la DGRN en su Resolución de 16 de septiembre de 1996.<sup>268</sup> Este artículo, en su nueva redacción, recogía la posibilidad de que las partes se acogieran a dos modalidades contractuales distintas: La modalidad con efectos jurídico-reales y la modalidad meramente obligacional.

### 5.1.1. La modalidad con efectos jurídicos-reales.

Esta modalidad se encuentra regulada en los tres primeros párrafos del art. 13 del RH, en el que las partes, pactaban, la transmisión del solar y de los pisos de forma simultánea, de tal forma que la escritura pública, se convertía en una *traditio instrumental*.<sup>269</sup> Esta modalidad contractual se instrumentaba sobre la constitución de una comunidad especial entre cedente y cesionario de duración limitada que podía acceder al Registro de la Propiedad. Esta modalidad se recogió por la doctrina de la DGRN<sup>270</sup>, concretamente la de 16 de mayo de 1996 que afirmaba que el pacto de transmisión actual de los pisos futuros como supuesto de hecho de la constitución de una comunidad especial entre cedente y cesionario.<sup>271</sup> La doctrina, ha sido la que ha señalado la imprecisión sobre la naturaleza y el contenido de esta comunidad especial, en esta norma.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. “Transmisión del dominio en la cesión de suelo por obra. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 26.2.2001”. *Libro Homenaje de la Universidad de San Marcos-Perú*.

<sup>269</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el CC. op.cit.* pg. 79

<sup>270</sup> PEREZ PEREZ, Emilio. *las cotitularidades sobre bienes inmuebles. op. cit.* pg. 450

<sup>271</sup> RUDA GONZALEZ, Albert, “La transmisión del dominio en la cesión de suelo por obra. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 26.2.2001. *Libro Homenaje de la Universidad de San Marcos-Perú*. pg. 16. también ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el CC. op. cit.* pg. 80.

<sup>272</sup> PLANA ARNALDOS, Mª del Carmen. “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura.” *op. cit.* pg. 2118. “En la inscripción se hacía constar la que podríamos denominar especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, de acuerdo con la terminología del Reglamento Hipotecario. La determinación de la naturaleza y funcionamiento de dicha comunidad es el primer escollo que encontramos al analizar el precepto. Probablemente las dificultades de comprensión derivan del reflejo de dos concepciones, hasta cierto punto contradictorias o excluyentes entre sí: de un lado, el artículo 13 establecía que, una vez inscrito el régimen de propiedad horizontal, los elementos independientes se inscribían automáticamente a nombre del cedente, sin necesidad de ningún acto de entrega. De este modo el Reglamento Hipotecario estaba asumiendo la teoría según la cual la escritura en la que se documenta el contrato de cesión tiene eficacia transmisiva. Pero, al mismo tiempo, la referencia a la comunidad en un momento anterior a la constitución de la propiedad horizontal, parece tener sentido entendida como copropiedad sobre el único elemento material existente

### 5.1.2 La modalidad de carácter meramente obligacional.

Si las partes deciden constituir la relación jurídica siguiendo la modalidad de esta forma, se expresará en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar

---

*en el momento de contratar, el solar. Esta última apreciación se ve reforzada si tenemos en cuenta la necesidad de fijar en el contrato un plazo para construir que no podía exceder de diez años, que es el mismo plazo contemplado en el art. 400.2 del CC con relación al pacto de indivisión de la cosa común; con ello el legislador parecía estar pensando en una situación de copropiedad ordinaria. Subyace en esta posible interpretación, aquella explicación que basa la adquisición del cedente en las ideas de cotitularidad sobre el solar y los principios de la accesión, reflejada hasta cierto punto, en la RDGRN de 16 de Mayo de 1996, de la que trae causa la redacción del artículo 13.” En este mismo sentido, se pronuncia PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> del Carmen. en “La transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro. El modelo francés y la Ley de Cesión de finca a cambio de edificación futura” en *Bases para un Derecho Contractual Europeo*. Año 2003. Epígrafe 32. TOL559.112 <http://www.tirantonline.com>; pgs. 487-502. PEREZ PEREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*. op cit. pg. 458. Entiende este autor, que “Desde luego, esta comunidad especial no es una comunidad de bienes, ni romana ni por cuotas ni germánica o en mano común pero si una comunidad de intereses. El art. 394 del CC se refiere expresamente al interés de la comunidad, y el art. 398, párrafo 2º del mismo Código, a los intereses que constituyan el objeto de la comunidad. El art. 394 contempla la cosa (en nuestro caso el edificio) como unidad económica de elementos de titularidades distintas, aunque vinculados todos ellos a un fin económico que justifica la consideración conjunta y la aplicación a esta situación de las normas del Código Civil sobre administración y mejor disfrute de la comunidad. Lo que mantenemos, en definitiva, es que en todo intercambio de suelo por edificación futura existe entre cedente del suelo una comunidad de intereses y en los casos en que se convenga la constitución del régimen de propiedad horizontal para la distribución de los pisos o locales entre el dueño del solar y el constructor, la situación de prehorizontalidad es un consorcio real.” Por su parte, ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa. “Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el art. 13 del RH. Los derechos de sobre y subedificación”. *RCDI*. núm. 665. mayo-junio 2001. pgs. 1043 y ss. <http://vlex.com/vid/328187> Entiende esta autora que no podía tratarse de una comunidad razonando expresamente: “Lo cierto es que el precepto acertaba al calificar la comunidad de especial, porque, aún desde la perspectiva que admite la transmisión de la propiedad de los pisos futuros, resultaba difícil imaginarla. Se podría tratar de una comunidad recayente sobre el conjunto de la finca, en la que un cotitular tendría atribuidos unos determinados pisos futuros y el otro el suelo y el resto del edificio futuro. Esta comunidad más que especial, era extraña y hubiera resultado muy difícil articularla. Este precepto parecía entender que, al recaer dos titularidades jurídico-reales sobre una misma finca, (la una sobre determinados pisos futuros, y la otra sobre el solar y otra parte del edificio) podía hablarse de una situación de comunidad. Sin embargo, la concurrencia de dos titularidades jurídico-reales sobre la finca no debe llevarnos necesariamente a hablar de situación de comunidad en sentido estricto: no se da tal situación de comunidad entre el titular de un derecho real limitado sobre una finca y su propietario; tampoco cuando hay un “ius ad rem” puede hablarse de situación de comunidad entre el propietario y el titular de ese ius ad rem. Este precepto hablaba de comunidad porque entendía que las dos titularidades jurídico-reales, que podían recaer sobre la finca tras el contrato de cesión, eran sendos derechos de propiedad. Lo que, como hemos visto, no es conforme a Derecho.” Añade la autora, que en su opinión “ni aún desde la perspectiva errónea que admitía, a la vista del precepto, la posibilidad de transmisión de los pisos antes de que existieran, no cabría tal situación de comunidad, sino que, como mucho, se estaría aludiendo a una situación especial, caracterizada porque en su momento recaerían dos derechos de propiedad sobre diferentes partes de la finca, sin que existiera ningún elemento en común y por lo tanto sin que existiera comunidad”. En este mismo sentido se pronuncian, MATHEU DELGADO, José Arturo. *Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y Jurisprudencial*. Colección Monografías de Derecho Civil. IV Propiedad y Derechos Reales. Editorial Dykinson. op.cit Pg.460 y ss. LÓPEZ FRÍAS, Ana. “La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario.” *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Volumen II. Universidad de Almería, Granada, Jaén. Año 2000. pg. 961*

que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción. No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al art. 11 de la LH.

Era pues, una norma de carácter dispositivo<sup>273</sup>, ya que las partes tenían libertad para configurarla de un modo u otro, precisamente este aspecto, será el que determine también la ilegalidad de este precepto, pues el art. 609 del CC es de carácter imperativo.

A pesar de que la norma reglamentaria respetaba el principio de autonomía de la voluntad de las partes, es cierto, que cuando los contratantes se acogían a la formalización de la cesión de solar con efectos jurídico reales, el art. 13 del RH establecía tres requisitos:

1. En la escritura pública de cesión de suelo por obra futura, las partes tenían que convenir expresamente que se produjera la transmisión “actual” a la firma de dicho documento, de la propiedad del solar a favor del cesionario y de los pisos o locales a favor del cedente, quedando por tanto excluidos los supuestos en los que se pactaba como contraprestación una participación en los beneficios de la operación.<sup>274</sup>
2. Debían quedar definidos los pisos o locales que constituyen la contraprestación a favor del cedente. Estos han de ser descritos en el contrato y coincidir su descripción en la escritura de obra nueva y en la de división horizontal que, salvo pacto en contrario podía ser otorgada únicamente por el cesionario pero condicionada, a que la descripción que se hiciera coincidiera con la que figurase en el contrato de permuta. Además había que consignar la cuota que correspondía a los elementos privativos.

---

<sup>273</sup>La Exposición de Motivos del R/D 1867/1998 de 4 de septiembre recoge lo siguiente: “*se disciplina así el contrato de permuta de suelo por obra (art. 13), que pese a su importancia económica y frecuente utilización, no había sido regulada hasta ahora por el RH; tal regulación se hace constar con carácter dispositivo, es decir, admitiendo que los contratantes puedan configurar con otro alcance, incluso puramente obligacional, los derechos y obligaciones derivados del contrato*”.

<sup>274</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. “Contrato atípico de aportación de solar por edificación futura”. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 13/2006 (Estudio). Editorial Aranzadi S. A Pamplona. 2006. BIB 2006/1248. Pg. 18/36.

3. También había que hacer constar un plazo de construcción del inmueble, que no podía exceder de 10 años. Esta exigencia según la doctrina,<sup>275</sup> es una garantía de oponibilidad frente a terceros de esa obligación, pues si no se exigiera su constancia registral, en el supuesto de que el cesionario transmitiera el solar, el tercer adquirente no estaría obligado a edificar, pues en caso de falta de constancia registral, este requisito sería una obligación personal del cesionario, que solo le obligaría a él.

Si se cumplían estos requisitos, se conformaba una comunidad especial entre cedente y cesionario, de tal forma que la inscripción de la propiedad horizontal permitía que los pisos y locales se inscribieran a nombre del cedente, sin necesidad de realizar ningún acto de entrega. Esta regulación resultaba beneficiosa para el cedente, pues quedaba protegido contra posibles deudas del cesionario y además, garantizaba su posición ya que para hipotecar los pisos y locales que constituían la contraprestación del cedente, era necesario hacer constar expresamente la autorización del cedente para este fin.<sup>276</sup>

Por ello, al margen de los aciertos o defectos de esta normativa, la doctrina<sup>277</sup> mayoritariamente coincide en que el art. 13 del RH, protegía sin lugar a dudas al cedente en este tipo de contratos.

---

<sup>275</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. “Contrato atípico de aportación de solar por edificación futura” *op. cit.* pg 18/36.

<sup>276</sup> LÓPEZ FRÍAS, Ana. “La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario.” *Libro Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Vol. II. Universidad de Almería, Granada, Jaén. Año 2000. Pg. 962. Según esta autora: “Se establece aquí una prohibición de disponer que pretende tutelar los intereses de la parte cedente y que debe ir referida, según creemos, a periodo anterior a la inscripción de la división horizontal del edificio. Y ello, porque, cuando se produce dicha inscripción, el cedente adquiere el dominio pleno sobre los pisos, que quedarán registrados a su nombre. Entonces dejará de tener virtualidad la prohibición de disponer impuesta al cesionario, pues ésta carece de sentido si el objeto al que se refiere es ajeno.”

<sup>277</sup> CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen. *Derecho de la construcción y la vivienda*. *op. cit.* pg. 312 También se pronuncia en este sentido LANZAS MARTÍN Eugenio-Pacelli. *RCD* núm. 688. marzo-abril de 2005. pg. 702. FERRANDO NICOLAU, Esperanza. “La permuta de suelo por construcción futura en el Derecho alemán”. pg. 204. MUÑIZ ESPADA, Esther. AVILÉS GARCÍA, Javier; ROJO ÁLVAREZ –MANZANEDA, Rafael. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. COSTAS RODAL, Lucía. GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> del Carmen. MORALEJO IMBERNON, Nieves. RUBIO GARRIDO, Tomás. *Contratos con finalidad traslativa de dominio*. *op. cit.* pg. 25-26/40. “Con independencia de que ciertamente sea dudosa la conveniencia de una norma reglamentaria para establecer derechos y obligaciones de las partes en el contrato de cesión, y pese a la declaración de ilegalidad, la solución propuesta en el art. 13 RH con la redacción de 1998, era la que mejor se ajustaba a los intereses del cedente pues permitía la inscripción a su nombre de los pisos y locales por la escritura de permuta y el juego a su favor de la oponibilidad registral. La documentación del contrato en escritura pública unida a la inscripción del régimen de propiedad horizontal vendría a suplir la falta de existencia material de objeto. Los pisos pasarían a constituir fincas registrales a pesar de no tener entidad material-si la tendrían jurídica tras la inscripción.- lo cual supondría la máxima

Actualmente, y tras la declaración de nulidad parcial del art. 13 del RH, por la STS. Sala 3ª de 31 de enero de 2001, el contrato de cesión de solar por obra futura, queda regulado como una relación de carácter obligacional, que necesitará el pacto de una condición resolutoria expresa para que pueda acceder al Registro de la Propiedad conforme al art. 11 de la LH.

La Ley 13/2015 de 29 de Junio,<sup>278</sup> que entrará en vigor el 15 de Noviembre de 2015, reforma la Ley Hipotecaria y la Ley del Catastro. En concreto se reforma el art. 11 de la LH, mantiene expresamente la misma redacción aplicable a la cesión de solar o permuta como lo denomina el texto, en lo relativo al aplazamiento de pago y a su posibilidad de configurarlo como condición resolutoria expresa con efectos ante terceros.

También el art. 13 del RH, en la parte que queda vigente, reconocía el carácter obligatorio de la relación jurídica entre las partes, si bien permitía su acceso al Registro de la sociedad, si se pactaba una condición resolutoria expresa conforme al art. 11. A nuestro juicio la reforma en marcha, se encuentra en consonancia con lo establecido en el art. 13 del RH, pero ahora recogido en una norma con rango de ley y no en su reglamento y determina expresamente lo que ya venían aplicando la Jurisprudencia.

## **5.2 La transmisión de la propiedad en la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001**

Como venimos diciendo la STS de 31 de enero de 2001 (Sala 3ª) al declarar la nulidad de los tres primeros párrafos del art. 13 del RH, se basaba en la

---

*protección para el cedente.*” En contra, ZURITA MARTÍN, Isabel. “Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección.” *op. cit.* pg. 1901.

RUIZ RICO, José Antonio. “Transmisión actual del cedente, de pisos o locales, en el edificio a construir, en la permuta de solar por pisos (en relación con el art. 13 Reglamento Hipotecario). *Revista Lunes cuatro treinta* núm. 265. pg. 19 (Tomada de Revista de Asuntos Registrales año XII. núm. 265. 1ª quincena. Octubre 1999. “*Parece que las diferentes piezas jurídicas de la figura organizada en el artículo 13 no encajan perfectamente y presenta dificultad su comprensión tanto desde el punto de vista intelectual y real (naturaleza de las cosas), como jurídico y sustantivo, e incluso legal y jurisprudencial*”

<sup>278</sup>Ley 13/2015 de 29 de junio de reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido del Catastro (BOE 25-06-2015) El art. 11 queda redactado como sigue:

*“En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago, debiendo acreditarse los medios de pago utilizados, en la forma establecida en los artículos 21, 254 y 255 de esta Ley.*

*La expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas. Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago, cuando una tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie.”*

desnaturalización del sistema de transmisión de la propiedad establecido en el art. 609 del CC, fundamentado en el título y el modo, argumentado que la forma de tradición espiritualizada presupone la realidad de la cosa, circunstancia esta que no se da en la cesión de solar por obra futura. Añade además la citada Sentencia, que la protección del cedente no es razón suficiente para alterar el sistema de adquisición de la propiedad establecido en el mencionado art. 609 del CC.

En segundo lugar, considera esta Sentencia, que la regulación de esta materia mediante una norma reglamentaria, atentaba contra el principio de jerarquía normativa, dado que el RH por su rango dentro del ordenamiento jurídico no podía regular esta materia. Por tanto, dejó sin efecto la configuración real del contrato de cesión de solar, dejando subsistente su configuración como relación obligacional.<sup>279</sup>

Una parte de la doctrina,<sup>280</sup> tras esta sentencia, entiende que se ha perdido una oportunidad para proteger al cedente, y que las próximas regulaciones deben ir en este

---

<sup>279</sup> STS, Sala 3ª de 31 de enero de 2001. (RJ 2001,1083) recoge en su fundamento de derecho duodécimo: *“En definitiva, el artículo. 13 del Reglamento Hipotecario con sus tres primeros párrafos altera el régimen legal de adquisición de la propiedad consagrado por el artículo. 609 del CC, al convertirlo en disponible por los contratantes a pesar de su naturaleza imperativa, y, al mismo tiempo, establece el contenido de los derechos y obligaciones de una singular figura contractual, con lo que se excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos”*.

*Ni el significado de la “traditio ficta”, recogido en los artículos 1462 y 1463 del CC, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto, y la naturaleza que la contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional, en contra de lo aducido por el Colegio demandado para rescatarla del reproche de ilegalidad, como lo demuestra el párrafo cuatro del propio artículo 13, al contraponer la previsión de los tres primeros a la que en él se contempla, de contenido puramente obligacional, con cabida en el sistema de autonomía de la voluntad del art. 1255 del CC, y que por tanto no es objeto de censura alguna”*

<sup>280</sup> SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia. *Cambio de solar por edificación futura*. 2010. 4ª Edición pgs 496. *“Obsérvese que la Sentencia de 31 de enero de 2001 ha anulado parte del contenido del art. 13, por este motivo hay que indicar que a mi entender la postura fijada por este precepto era la verdaderamente deseada y que en cierto modo se reconocía esa titularidad, pero al anularse este apartado, no nos podemos basar en un texto legal claro, simplemente cabe acudir a la LPH.”* En este mismo sentido, SERRANO GOMEZ, EDUARDO. *El contrato de cambio de solar por edificación futura (Doctrina, jurisprudencia y legislación)* 2004 op.cit. pg. 134. PLANA ARNALDOS, Mª Carmen. *Cesión desolar a cambio de obra futura*. 2002 pg. 173. Por su parte, CARRASCO PEREDA, Ángel. CORDERO LOBATO, Encarna. GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen. *Derecho de la Construcción y la vivienda*. opcit. pg. 315 critican la sentencia argumentando, *“También en el plano teórico resulta rechazable la justificación de la nulidad que contiene la sentencia, al confundir la titularidad registral del inmueble con la propiedad material que requiere una posesión inmediata de la cosa. A efectos registrales, que es el único efecto que importa, el adquirente gana el rango inmobiliario desde el momento de la inscripción y esta tiene que ser posible con la escritura de permuta unida o seguida de la división horizontal del inmueble al amparo del art. 8.5 LH y 1462 CC. Bien es verdad, que mientras el piso no se haya construido y entregado no podrá habitarlo. Pero esta consideración de mero hecho no elimina los efectos jurídicos del dominio adquirido, como son la posibilidad de enajenar el dominio según Registro o gravarlo a favor de terceros. Que la vivienda se construya y se entregue pertenece al ámbito de las*

sentido. Sin embargo, para otros autores,<sup>281</sup> la cuestión radica en realizar una correcta interpretación del párrafo que continúa vigente, entendiendo como correcta, aquella que considera que el contrato de cesión no produce la transmisión del solar, puesto que en nuestro ordenamiento los derechos reales se transmiten por su causa. Por ello, si el fin del contrato es la creación de una comunidad sobre el edificio resultante, la transmisión total del solar no coincidiría con la causa. En definitiva, el cesionario solo adquiere la parte de solar que le corresponde en función de los inmuebles que se adjudique, es decir, la entrega del solar no transmite al cesionario nada más que una titularidad concurrente con la del cedente. Por tanto, quedarían fuera de los supuestos regulados en el art. 13 RH aquellos casos en que las partes se hubieran acogido a la prehorizontalidad del art. 8.4 de la LH.

Otra parte de la doctrina ha considerado que quizás la protección al cedente puede venir desde otras perspectivas y no necesariamente desde el reconocimiento del derecho de propiedad sobre los inmuebles futuros. En este sentido, se dice que esta protección podría venir dada sin necesidad de modificar o interpretar el sistema de transmisión de la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, sino mediante la utilización de otras instituciones legales para protegerle frente a determinados riesgos, como la tercería de dominio regulada en el art. 595.2 de la LEC, pues el legislador podría ampliar la configuración de derechos que pueden hacerse valer mediante esta acción, estableciendo quiénes la pueden interponer.<sup>282</sup>

---

*obligaciones que el promotor asume frente al cedente, no al ámbito de la adquisición del dominio en sentido registral."*

<sup>281</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La permuta de suelo por edificación futura: Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del CC. op.cit.* pg. 80

<sup>282</sup> RUDA GONZALEZ, Albert. *El contrato de cesión de solar por obra. op. cit.* pgs. 278-279

## 6. LA PREHORIZONTALIDAD Y EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR CONSTRUCCIÓN FUTURA.

### 6.1 Introducción

La prehorizontalidad, es una figura jurídica poco legislada, la LH la regula en el art. 8.4, permitiendo de esta forma el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios en construcción antes de su formalización. Así se recoge en la STS de 29 de abril de 2010<sup>283</sup>. Por su parte, la DGRN también ha admitido la inscripción de estas situaciones, en las RRDGRN de 24 de junio de 1991 y de 17 de julio de 1998<sup>284</sup>; y más recientemente en la RDGRN de 3 de febrero de 2010<sup>285</sup>

En el Derecho Catalán, la Llei 23/2001 de 31 de diciembre que regula la cesión de finca a cambio de obra futura, se basa en la prehorizontalidad, al establecer una situación interina de comunidad entre cedente y cesionario durante la época de construcción del edificio futuro, ya sea porque el cedente mantiene sobre el suelo la cuota ideal de participación equivalente a las partes en el edificio futuro que haya de corresponderle, cuya cuota se convertirá en propiedad exclusiva de los inmuebles privativos una vez que concluya su construcción, o sea porque retiene la titularidad del suelo al promotor, el *ius aedificandi*.<sup>286</sup>

---

<sup>283</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 263/2010 de 29 de abril (RJ 2010,4355), Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz, que en su fundamento segundo considera: *“Es lícita y permitida por la LH, la constitución y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad Horizontal de un edificio en construcción. Esta situación que se ha llamado “prehorizontalidad”, como estado preparatorio de la propiedad horizontal, que surgirá definitivamente cuando la construcción esté terminada.”*

<sup>284</sup> RRDGRN de 24 de junio de 1991 BOE 16.08.1991 y de 17 de julio de 1998 BOE 11.08.1998, que en su fundamento primero establece: *“Se debate en el presente recurso acerca de la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la constitución de un régimen, al que se le da el nombre de prehorizontalidad, sobre dos fincas de las que son propietarios en comunidad por cuotas los otorgantes. Estos manifiestan el propósito de construir una edificación y de constituir un régimen de división horizontal cuando aquella esté concluida, expresando los elementos privativos de que dispondrá, aunque sin describirlos, asignando a cada condueño, en pago de sus cuotas, alguno o algunos de estos elementos privativos, estableciendo que tal régimen se registrará por la ley de Propiedad Horizontal, sin perjuicio de las normas que rigen la comunidad de bienes, y pactando expresamente que, en las transmisiones de las cuotas o participaciones de los condueños, los otros no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto de comuneros.”*

<sup>285</sup> RDGRN de 3 de febrero de 2010. BOE 05.04.2010.

<sup>286</sup> AAP de Barcelona (Sección 16ª), Auto 33/2007 de 8 de marzo. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. (RJ 2007, 120714).



## 6.2 Naturaleza de la relación del cedente y cesionario.

El contrato de cesión de solar por obra futura es una de las situaciones típicas de prehorizontalidad,<sup>287</sup> dado que el compromiso que asume el adquirente del terreno, consiste en transmitir al cedente determinados elementos privativos de un edificio futuro que ha de ser organizado en régimen de propiedad horizontal.<sup>288</sup> En cuanto a la naturaleza del intercambio de suelo por obra futura, entre el cedente del suelo y el cesionario, hay autores que opinan que existe una comunidad de intereses, porque el art. 398.4º CC, contempla el edificio como unidad económica de elementos con titularidades distintas, vinculados todos ellos a un fin económico.<sup>289</sup> Si las partes pactan la constitución del régimen de propiedad horizontal para la distribución de pisos entre el cedente y cesionario, una vez inscrita la misma en el Registro de la Propiedad, la relación entre cedente y cesionario tiene la naturaleza de un consorcio real.<sup>290</sup>

Sin embargo, hay autores, que consideran que nos encontramos ante una comunidad especial<sup>291</sup> y otros, entienden que no se puede hablar de comunidad porque falta uno de los elementos fundamentales para entender que existe la propiedad horizontal, como es el hecho de que ninguno de los objetos susceptibles de titularidades jurídico-reales, pertenecerían en común a las partes, pues existiría una disociación entre lo que le pertenecería al cedente, los pisos futuros, y lo que le pertenece al cesionario, el solar y el resto de la edificación; en este caso existe una disociación de la propiedad inmobiliaria.<sup>292</sup>

## 6.3 La prehorizontalidad y la adquisición de la propiedad por el cedente.

La prehorizontalidad, permite el acceso al Registro de la Propiedad de los contratos de cesión de solar por obra futura, cuando la edificación se encuentra comenzada, dando protección al cedente. En principio cabe plantearse en qué consiste esa protección y en qué situaciones se produce y si es título para la adquisición de la propiedad. En este sentido, hay que recordar, que para la adquisición de la propiedad de

---

<sup>287</sup> SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia. *Cambio de solar por edificación futura. op. cit.* pg 741.

<sup>288</sup> ARNAIZ EGUREN Rafael. *Terreno y Edificación, Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad.* Thomson Reuters, 1ª edición, junio de 2010, pg. 693.

<sup>289</sup> PEREZ PEREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles.op. cit* pg. 458

<sup>290</sup> PEREZ PEREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles.op.cit* pg. 458.

<sup>291</sup> SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia, *Cambio de solar por edificación futura. op. cit* pg. 756

<sup>292</sup> ALONSO PEREZ, Mª Teresa. “Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el art. 13 del RH: los derechos de sobre y subedificación”. *RCDI.* núm. 665, mayo-junio 2001, pgs 1039 y ss.

los pisos futuros, la jurisprudencia viene exigiendo, que la obra se encuentre totalmente terminada, que el objeto del contrato esté determinado, es decir que se sepa que inmuebles son los que corresponden al cedente, y que le hayan sido entregados. Por su parte, la DGRN permite la inscripción de los inmuebles futuros a favor del cedente, cuando la obra se encuentra en construcción, se ha constituido una comunidad sobre el solar y no existe ningún tipo de manifestación de las partes, que excluya la entrega en el acto del otorgamiento. Por tanto, la doctrina de la prehorizontalidad no es un abandono de la doctrina del título y el modo, proclamado en los arts. 609 y 1096 CC, como mecanismo para la adquisición de la propiedad.<sup>293</sup> Habrá que analizar supuestos concretos para determinar si esa adquisición es posible.

La STS 14 de noviembre de 1997,<sup>294</sup> estima la tercería de dominio interpuesta por el comprador de un local comercial en construcción al entender, que había adquirido la propiedad antes del embargo, pues cuando se otorgó la escritura de compraventa, el local estaba en construcción, y estaba otorgada e inscrita la prehorizontalidad, y por tanto el comprador adquirió la propiedad conforme a la *traditio ficta* del art. 1462 CC, pues no existía prueba en contrario que estableciera que las obras de construcción no continuasen. El ejecutante había alegado, que el inmueble no tenía existencia real. Esta doctrina, es seguida también por la SAP de Granada de 28 de mayo de 2001,<sup>295</sup> en un procedimiento de tercería de dominio, donde entiende que el cedente del solar ha adquirido la propiedad con anterioridad al embargo.

---

<sup>293</sup> SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 29 de octubre de 2003. Sentencia 708/2003. Recurso 418/2003. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas.(RJ 2003, 5913 )

<sup>294</sup> STS, Sala 1ª, de 14 de noviembre de 1997. Sentencia 994/1997. (RJ 1997,8123), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada Gómez, que en su fundamento segundo dice: “...el motivo fracasa ya que pretende demostrar la inconsistencia del título del tercerista, porque cuando se otorga la escritura pública en 16 de agosto de 1990, sobre el local luego embargado, aún no estaba construido por completo el citado local objeto de venta, y que por lo tanto carecía de existencia física , amparándose el motivo en la aplicación del art. 1462 CC, que es obvio que se refiere en su párrafo 2º a la llamada “traditio instrumental”, esto es cuando existiendo la cosa, el otorgamiento de la escritura equivale a la “traditio”, por lo que en este caso, al no existir la cosa, no se podía entender que se había producido el título constitutivo de tercerista; más esta tesis del motivo no puede prevalecer frente a los razonamientos que expone la Sala sentenciadora ya que lo que no se ha desvirtuado, cuando el 16 de agosto de 1990 se otorga la escritura del local objeto de embargo, éste estaba en construcción y además incluso formaba parte de la previa comunidad horizontal que se constituyó en la misma fecha, por lo cual es aplicable el art. 8.4º de la LH que bajo la modalidad de la llamada prehorizontalidad, permite que sean objeto de inscripción los edificios de régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté por lo menos comenzada, lo que determina pues que dicho título no sólo nació con ese carácter público, sino que accedió al Registro de la Propiedad, y a lo que se añade que al haberse iniciado la construcción y no existir prueba en contrario de que posteriormente no se continuase la misma, concurriese ya el objeto de su posesión material por parte de los tercerista... se confirma la plena constitución de dicha titularidad dominical del tercerista y su preferencia indiscutible a los fines de estimar la acción de tercería.”

<sup>295</sup> SAP Granada (Sección 3ª), Sentencia 419/2001 de 28 de mayo (RJ 2001,2060), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dorhmann.

Por su parte, la SAP de las Islas Baleares de 9 de noviembre de 2001,<sup>296</sup> estima la demanda de tercería de dominio interpuesta por el cedente, pues considera que el art. 8.4º de la LH, permite la inscripción en edificios en propiedad horizontal, de pisos aún no construidos, de tal forma que entiende que desde que se otorga la escritura pública de cesión, dicha escritura constituye la tradición del art. 1462 CC. Considera que se ha producido la *traditio instrumental* y que el cesionario ha puesto real y actualmente el inmueble a plena disposición del cedente. Entiende que la ocupación de los locales en virtud del contrato inscrito en el Registro fue anterior al embargo.

El TS en la sentencia de 14 de junio de 2007,<sup>297</sup> en un supuesto de tercería, la desestima, al entender que el cedente, no ha adquirido la propiedad de los inmuebles porque no se dan en ese caso los requisitos de la prehorizontalidad. En esta sentencia, el TS, no niega, la posibilidad de reconocer la “*traditio ficta*” de la escritura de cesión por obra cuando concurren, (en el caso concreto que analiza el TS en esa Sentencia no concurren) los requisitos de la prehorizontalidad, como son la inscripción de los pisos y locales en el Registro de la Propiedad y encontrarse iniciada la construcción.<sup>298</sup>

La STS de 29 de abril de 2010,<sup>299</sup> en un supuesto de cesión de vuelo pero conservando el cedente la propiedad del suelo, establece la existencia de prehorizontalidad, al entender que existía una propiedad horizontal de hecho. En este supuesto, es obvio que existe una comunidad entre las partes, pues el propietario no se ha desprendido de la propiedad del solar, de tal forma, que este supuesto es un caso

---

<sup>296</sup> SAP de Islas Baleares (Sección 5ª), Sentencia 735/2001 de 9 de noviembre (RJ 2002,41159), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Mateo Ramón Homar. que en su fundamento 3º apartado B) establece: “Según se indica en la sentencia antes referida de esta Audiencia, el art. 8.4 de la Ley Hipotecaria posibilita la inscripción en edificios en propiedad horizontal, de pisos aún no construidos, y nada impide el embargo de un piso futuro que no existe en realidad.”

<sup>297</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia 725/2007 de 14 de junio, (RJ 2007,3515), Magistrado Ponente. Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares que en su fundamento de derecho segundo establece: “Como se ve no concurren en el presente caso las circunstancias para que en él se dé el supuesto dicho de la “prehorizontalidad” y poder basar en él la posesión ficta, de la que derive ya el título dominical oponible con éxito en la Tercería en que se trata.”

<sup>298</sup> Así lo entiende también DIAZ MARTINEZ, Ana. “Cesión de Solar por obra futura y determinación del objeto” *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2010 (Comentario) BIB 2010/674 pg.2.

<sup>299</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 29 de abril de 2010, Sentencia 263/2010 (RJ 2010,4355), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

claro de prehorizontalidad en la que el cedente debe ser considerado propietario en virtud de la doctrina sostenida en la STS de 14 de junio de 2007.<sup>300</sup>

En sentido contrario, se pronuncia la STS de 6 de julio de 2009,<sup>301</sup> cuando en un supuesto donde el cedente solicitaba la nulidad de una escritura de préstamo, al entender la Sala que no se había producido la *traditio ficta* del art. 1462 CC. Al otorgarse la escritura de declaración de obra nueva y propiedad horizontal, de la edificación levantada, todas las fincas figuraban inscritas a favor del cesionario, que aparecía a su vez como propietario del solar. Por tanto, no en todos los supuestos de prehorizontalidad, se produce la adquisición de la propiedad.<sup>302</sup>

Por su parte, en un supuesto de cesión de solar por obra futura, la SAP de Barcelona de 29 de octubre de 2003,<sup>303</sup> admite el recurso interpuesto por la Masa de la quiebra LB Construforma S.L, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia 8 de Terrassa, que había admitido la demanda por la que LB Construforma S.L, debía otorgar escritura de entrega a los demandantes como consecuencia de un contrato de cesión de solar por obra futura, al considerar que los inmuebles eran propiedad de los cedentes. La sentencia de la Audiencia estima el recurso interpuesto por la masa de la quiebra y establece, para que opere ese enlace de transmisiones es precisa la concurrencia de una serie de requisitos:

---

<sup>300</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 14 de junio de 2007, Sentencia 725/2007, (RJ 2007,3515), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

<sup>301</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 6 de julio de 2009 Sentencia 541/2009, (RJ 2009,4453), Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Román García Varela, que en su fundamento de derecho establece: “*Asimismo, constan como hechos probados en la instancia que el 14 de Julio de 1998, y ante la Notaria de Sotillo de la Adrada, la entidad constructora suscribió escritura de división de fincas y entrega de contraprestación a don Leonardo y D. Nicolás, que recibieron los locales, plazas de garaje y trasteros que la constructora debía entregar en virtud del contrato de permuta, pero no otorgó escritura respecto de las viviendas, que además estaban hipotecadas.*”

<sup>302</sup> DIAZ MARTINEZ, Ana “Cesión de solar por obra futura y determinación del objeto.”. op.cit. pg 4.

<sup>303</sup> SAP de Barcelona, (Sección 16ª), de 29 de octubre de 2003, Sentencia 708/2003, Recurso 418/2003, (RJ 2003,5913) Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas, que en fundamento segundo establece: “*Lo que persigue la tesis de la prehorizontalidad y la doctrina elaborada en torno a ella, admitido que el otorgamiento de escritura pública puede originar los efectos traslativos del dominio aún sin traspaso posesorio material (art. 1462 CC), es el establecimiento de la más perfecta solución de continuidad –sin vacíos temporales originadores de situaciones de riesgo para el cedente del solar- entre la adquisición del dominio del suelo por el cesionario y la ulterior adquisición de la propiedad del piso o local futuro por el cedente. Para que opere ese enlace de transmisiones es precisa la concurrencia de una serie de requisitos: 1º la edificación en régimen de propiedad horizontal ha de hallarse concluida o, por lo menos, comenzada (art. 8.4º LH) 2º los diversos negocios traslativos deben otorgarse en escritura pública(art. 1462.2º CC); 3º en la escritura de transmisión del piso o local futuro no ha de figurar pacto alguno excluyente del efecto traslativo. Pero lo que en ningún modo se desprende de la teoría de la prehorizontalidad es un abandono de la doctrina del título y el modo. (art. 609 y 1096 CC).*”

1º La edificación en régimen de propiedad horizontal ha de hallarse concluida o por lo menos comenzada (art. 8.4 LH).

2º Los diversos negocios traslativos deben otorgarse en escritura pública (art. 1462.2 CC)

3º En la escritura de transmisión del piso o local futuro no ha de figurar pacto alguno excluyente del efecto traslativo.

En el supuesto contemplado, la Sentencia niega que se hubiera producido la transmisión dado que las partes habían excluido la transmisión, ya que la entrega se posponía hasta que la vivienda estuviera totalmente terminada.

La doctrina por su parte, también se ha pronunciado en cuanto a la importancia de la prehorizontalidad, en relación al Registro de la Propiedad, declarando que su inscripción salvaguarda los derechos de las personas que acuerdan la construcción de un edificio de viviendas en régimen de comunidad.<sup>304</sup> Otros autores consideran, que una justa regulación de los intereses en juego durante esta confusa y compleja fase de constitución del edificio en propiedad ha de facilitar su acceso al Registro y la inscripción del edificio en construcción.<sup>305</sup> Y un tercer grupo entiende que, la inscripción del consorcio real, relativo al intercambio de suelo por obra, en la que se haya pactado la constitución de régimen de propiedad horizontal, produce plenos efectos jurídico-reales para ambas partes; cuando no se haya convenido la constitución del régimen de propiedad horizontal dicha inscripción sólo tiene eficacia real para el constructor cesionario.<sup>306</sup> También hay quién considera, que en los supuestos en que se pretende una transmisión inicial del solar pero en la que también se haya diseñado para el futuro una situación definitiva a favor del cedente sobre la titularidad jurídico real que recaiga sobre la parte de la construcción, la opción más favorable es que las partes hayan configurado una situación de prehorizontalidad conforme al art. 8.4º LH.<sup>307</sup>

De lo anterior, puede concluirse, que la institución de la prehorizontalidad, es muy interesante en la figura que estamos analizando, en tanto en cuanto supone no

---

<sup>304</sup> SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia. *Cesión de solar por edificación futura*. op. cit. pg. 751

<sup>305</sup> PONS GONZALEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel. *Régimen Jurídico de la propiedad horizontal*. 4ª edición 1990. Ed. Comares.

<sup>306</sup> PEREZ PEREZ Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*. op. cit. pg. 461.

<sup>307</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el CC*. op. cit. pg. 94

solola principal sino la única posibilidad de que este tipo contractual tenga acceso al Registro de la Propiedad, precisamente por la protección de los derechos del cedente sobre los inmuebles futuros. En este sentido la SAP de Barcelona de 29 de octubre de 2003, antes citada, entiende que la tesis de la prehorizontalidad y la doctrina elaborada en torno a ella, al admitir que el otorgamiento de la escritura pública puede originar efectos traslativos del dominio aún sin traspaso posesorio material, establece la más perfecta solución de continuidad, sin vacíos temporales originadores de situaciones de riesgo para el cedente del solar, pues entre la adquisición del dominio del suelo por el cesionario y la ulterior adquisición de la propiedad del piso o local futuro por el cedente.

Consideramos que, en la actualidad, la prehorizontalidad es el único instrumento al margen de otro tipo de garantías reales y personales, que protege de forma más evidente al cedente, pues el sólo acceso de los inmuebles al Registro de la Propiedad implica la existencia de la publicidad registral, y el conocimiento por aquellos interesados, de las peculiaridades de la edificación. Si a ello se une, que los inmuebles figuran inscritos a nombre de los cesionarios la protección ciertamente puede ser total de cara a posibles responsabilidades patrimoniales por parte del deudor. De esta manera, la constancia de su derecho en el Registro otorga al cedente la protección derivada de los principios registrales y especialmente la oponibilidad de su derecho frente a terceros. Tanto la posibilidad de que el derecho del cedente tenga reflejo registral a través de la inscripción de dominio del solar a favor del cesionario como por la vía de la inscripción de la propiedad horizontal, demuestran la importancia que el juego de los principios registrales tiene en esta materia. Pero en ambos casos, se trata de vías indirectas a través de las cuales se consigue que el contrato de cesión de solar y el derecho del cedente sobre los inmuebles que constituyen la contraprestación contractual accedan al Registro de la Propiedad.<sup>308</sup>

## **7. LA TERCERÍA DE DOMINIO EN EL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR CONSTRUCCIÓN FUTURA.**

### **7.1 Introducción**

La transmisión de la propiedad en este contrato especial de cesión de suelo por obra, (en el que el cesionario adquiere el solar desde el otorgamiento del contrato,

---

<sup>308</sup> PÉREZ GURREA ROSANA. “La permuta de solar por edificación futura en la contratación inmobiliaria”. *Estudios Jurisprudenciales. 1.5 Obligaciones y Contratos. RCDI.* núm.737. pg.1960.

mientras que el cedente adquiere la propiedad con posterioridad, cuando el inmueble se encuentra edificado), tiene gran trascendencia, pues debilita la posición del cedente, que se desprende de un inmueble, ya que pasa al patrimonio del cesionario quedando afecto a la responsabilidad patrimonial del art. 1911 C.C.

Esta situación, va a influir también en los medios de defensa que tiene el cedente para hacer valer su derecho sobre el inmueble frente a posibles embargos por deudas del cesionario. Por ello, a los problemas propios de adquisición de la propiedad, se van a unir también otros problemas tales, como el momento en que se considera adquirido el bien por el cedente en relación al embargo practicado por un deudor. Esto se va a traducir, en un conflicto entre cedente y deudor por hacer valer sus respectivos derechos.

La LEC regula en los arts. 594 y ss. el procedimiento de tercería de dominio, que habitualmente viene siendo utilizado por el cedente del suelo para defender su derecho sobre el inmueble cuya finalidad es intentar sustraerlo del procedimiento ejecutivo. En muchas de las ocasiones con desigual suerte, pues en su posible éxito van a influir si las partes han pactado e inscrito cualquier otro tipo de garantías con eficacia real. Nos referimos a la existencia de una condición resolutoria expresa o, a la protección del cedente del art. 34 de la L.H, como tercero hipotecario; o, en los supuestos en que el contrato se ha formalizado en documento privado o por el contrario se ha otorgado en escritura pública, o si se encuentra en un procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 de la LH, su situación se complica pues en el contrato que analizamos la adquisición de la propiedad y el momento en que se adquiere no depende en definitiva del cedente.

## **7.2 Concepto, naturaleza y finalidad de la tercería de dominio.**

La tercería de dominio es un incidente dentro del proceso de ejecución por el que se pretende dejar sin efecto un embargo<sup>309</sup>, al determinarse que el bien embargado pertenece a un tercero, que es quien ejercita la tercería, y no al deudor ejecutado.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> La STS de 30 de noviembre de 2004 (RJ 2004,7857) que sigue la dirección marcada por otras anteriores como la de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002,10925), define el embargo *“como la afectación de unos bienes concretos y determinados a un proceso, con la finalidad de proporcionar al Juez los medios necesarios para llevar a normal término, una ejecución procesal futura-embargo preventivo- o actual –embargo ejecutivo- que origina un derecho de análogas características al real, ya que recae inmediatamente sobre una cosa y se puede hacer valer frente a todos, es decir, concurren en él las dos*

En cuanto a su naturaleza, no siempre la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes. Así en un primer momento, la Jurisprudencia entendió que era una acción reivindicatoria, como establece en la STS de 26 de octubre de 1976<sup>311</sup>. Posteriormente, se entendió que era una acción declarativa de dominio y así lo declara la STS de 26 Junio de 2007<sup>312</sup>, del presidente de la Sala 1ª en aquella época, Xiol Rios, que recoge esta evolución.

Tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, el Tribunal Supremo no puede resolver en casación procesos de tercería, por lo cual esta evolución jurisdiccional debe enmarcarse dentro del procedimiento establecido en la LEC de 1881. Actualmente, la opinión mayoritaria es que nos encontramos ante un incidente de carácter procesal, pues incluso así lo establece la actual LEC en su Exposición de Motivos.

La doctrina y la mayor parte de la Jurisprudencia, indican su naturaleza incidental, en virtud de la propia regulación contenida en el art. 601 LEC. Esta finalidad puramente procesal, lo es porque sólo produce efectos en el proceso de ejecución, pues no afecta al derecho material referido a la titularidad del tercerista sobre el bien embargado, que es lo que lo caracteriza como verdadero incidente de ejecución.<sup>313</sup>

No obstante lo anterior, en la Jurisprudencia más reciente todavía nos seguimos encontrando con Sentencias que siguen considerando la tercería de dominio como

---

*facultades esenciales del derecho real a saber, el ius perseguendi que autoriza a hacerse con el bien, aunque su titularidad haya variado con posterioridad al embargo mismo, y el ius prioritatis, que garantiza al primer embargante en el tiempo, la preferencia jurídica en la satisfacción de su derecho; es un verdadero derecho de realización de valor, en funciones de garantía del cumplimiento de una obligación, que necesita para desarrollar su eficacia real, que se haga constar en el Registro de la Propiedad, mediante anotación preventiva, que viene a complementarlo”*

<sup>310</sup> CASERO LINARES, Luis. *La Tercería de Dominio*. Editorial Bosch 2008. 1ª edición pg. 45

<sup>311</sup> STS de 26 de octubre de 1976, Sala 1ª, Ponente Excmo. Sr. Excmo. Sr. D. Mariano Jimeno Fernández, que establece: “*Que la finalidad de la tercería de dominio integra la reivindicación de la propiedad de un determinado bien a favor de un tercero, ajeno a la relación que motivó la traba o embargo de aquél, sujetándole a las responsabilidades exigidas en un proceso de ejecución, siendo consecuencia de ello para que pueda prosperar la tercería de dominio se exijan los mismos requisitos que para el éxito de la acción reivindicatoria.*”

<sup>312</sup> STS de 26 de junio de 2007, Sala 1ª, Sección 1ª (RJ 2007,6118), Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio XiolRios que establece “*Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión, por el alzamiento de embargo. Pero la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad a favor del demandante tercerista y el levantamiento del embargo, insistiendo la Jurisprudencia en que la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ellas, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.*”

<sup>313</sup> CASERO LINARES, Luis. *La tercería de dominio. op. cit.* pg. 51.



acción reivindicatoria así la STS de 26 de abril de 2007 antes mencionada, o bien como acción declarativa como establece la STS de 14 de junio de 2007, y la STS de 5 de marzo de 2008<sup>314</sup> y, más recientemente, la SAP de Madrid de 26 de marzo de 2012,<sup>315</sup> o en su caso la califica de incidente procesal, como el AAP de Madrid de 9 de abril de 2008 y AAP de Madrid de 21 de abril de 2009.<sup>316</sup>

Compartimos la opinión de la doctrina y Jurisprudencia que entienden que la tercería de dominio es un incidente procesal en tanto en cuanto, no pretende una declaración de propiedad ni una recuperación física del inmueble, sino más bien la sustracción al embargo de un bien que no es patrimonio del deudor sino del tercerista<sup>317</sup> aunque aparentemente pueda parecer que es propiedad del deudor.

También avala esta posición el hecho de que los Autos dictados por las Audiencias Provinciales, no accedan al recurso de casación y el que las resoluciones dictadas en estos procedimientos no tengan la consideración de cosa juzgada, que permiten al tercerista hacer valer sus pretensiones mediante la acción declarativa correspondiente.

---

<sup>314</sup> STS 14 de junio de 2007, Sentencia 708/2007, Sala 1ª, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2007,3516) que en su fundamento segundo dice: “...*Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión, por el alzamiento del embargo. Pero realmente la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro demandado).*” En este mismo sentido se pronuncia la STS Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia 208/2008 de 5 de Marzo, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (R/J 2008/5213)

<sup>315</sup> AAP Madrid (Sección 28ª) Auto 53/2012 de 26 de marzo, (RJ 2012,177240). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González que en su fundamento de derecho segundo recoge: “*La verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad, cuyo objeto es la declaración de propiedad a favor del demandante-tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia de un codemandado. La acción de tercería de dominio, no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, porque tiene como finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo (SSTS 28/10/1998; 21/12/2000). La tercería implica algo más que el ejercicio de una acción reivindicatoria, porque el tercerista no sólo tiene que justificar cumplidamente la propiedad de los bienes embargados, sino que además constituye requisito esencial para la viabilidad en la pretensión probar que el embargo se hizo para cubrir deudas ajenas del tercerista (SSTS 1/3/2001, 18/11/2003, 6/5/2003).*”

<sup>316</sup> AAP de Madrid (Sección 20ª), Auto 132/2008 de 9 de abril, Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Peñas Gil (RJ 2008,1042), que en su fundamento de derecho segundo dice: “*La tercería de dominio es un procedimiento de naturaleza jurídica eminentemente incidental y subordinada, limitada a los efectos del proceso ejecutivo donde se plantea, pues tiene por único objeto sustraer del embargo bienes, que sin pertenecer al ejecutado, son propiedad del tercerista.*” En este mismo sentido se pronuncia el AAP de Madrid, (Sección 20ª), Auto 162/2009 de 21 de abril, Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Sagrario Arroyo García. (RJ 2009,1030)

<sup>317</sup> CASERO LINARES, Luis. *La tercería de dominio. op cit.* pg. 48 y VAZQUEZ BARROS, Sergio. *Las tercerías de dominio y de mejor derecho. La traba de bienes.* pg 51 Ed. Tirant lo Blanch. Tratados Valencia 2011,

En relación a este último aspecto, sin embargo la Jurisprudencia entiende que existe cosa juzgada material del proceso de tercería, cuando entre éste y el posterior procedimiento sustantivo en que se ejercita la acción declarativa de propiedad sobre ese inmueble, existe identidad subjetiva, objetiva y causal entre las acciones ejercitadas, que impliquen una reiteración de la misma cuestión resuelta ya por sentencia firme. En este sentido se pronuncian las SSTS de 1 de marzo de 2007 y 14 de junio de 2007.<sup>318</sup>

La finalidad de la tercería de dominio, es, únicamente, la del levantamiento del embargo sobre un bien que ha salido del patrimonio del ejecutado, con anterioridad a la práctica del mismo. Por tanto, no puede acumularse al incidente de tercería ningún otro tipo de acción declarativa de la propiedad. Ello se fundamenta, en la declaración de que la resolución que recae sobre la tercería no tiene el efecto de cosa juzgada, y como ya hemos dicho tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000 tampoco tiene acceso al recurso de casación. En este sentido, es ilustrativa, la RDGRN de 5 de mayo de 2006,<sup>319</sup> ante un recurso interpuesto por Inmobiliaria Asti, S.A, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid núm. 1 a inscribir una finca en virtud de auto de tercería de dominio. En este supuesto, el mandamiento expedido por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 39 de Madrid, se tramita una tercería de dominio por la que se decreta el levantamiento del embargo, así como la inscripción de la finca afectada a favor del demandante del procedimiento. El Registrador deniega la inscripción argumentando, que el procedimiento de tercería de dominio, al que corresponde el testimonio judicial de la sentencia que se acompaña al mandamiento que nos ocupa no puede tener otro objetivo que el alzamiento y cancelación del embargo decretado en un procedimiento ejecutivo. Sin embargo, la DGRN estima el recurso presentado por la entidad mercantil, declarando, que si bien la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia a la Ley

---

<sup>318</sup>STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia 237/2007 de 1 de marzo (RJ 2007,1509), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán, que en su fundamento de derecho segundo establece: *“La argumentación de la sentencia recurrida no desconoce la doctrina jurisprudencial que ha matizado la eficacia de las sentencias dictadas en los procedimientos de tercería de dominio, respecto de otros procesos ulteriores seguidos entre las mismas partes, habida cuenta de la finalidad institucional de las tercerías, que no es otra que el levantamiento de la traba judicial de las fincas afectadas por ella, a fin de sustraerlas del procedimiento de apremio, por no pertenecer al ejecutado, a la que es ajena la declaración de dominio de bienes embargados, lo que tiene como consecuencia que no quepa apreciar siempre, entre la tercería de dominio y el posterior proceso declarativo las identidades a que se refiere el art. 1252 CC. Sin embargo, la Audiencia en la sentencia puntualiza que la referida doctrina no significa que la sentencia dictada en una tercería de dominio carezca de la eficacia de cosa juzgada en cualquier proceso ulterior, sino que la producirá o no en razón de que, concurran o no las identidades a que se refiere el art. 1252 del CC, es decir en lo que se refiere a los sujetos, las cosas en litigio y la causa de pedir.”* En este mismo sentido se pronuncia la STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 14 de junio de 2007, Sentencia 686/2007 (RJ 2007,3572), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael de la Cuesta Cascajares.

<sup>319</sup> RDGRN de 5 de mayo de 2006, (BOE 19.06. 2006). pgs. 23276-23277.

de 1881 no es conforme en la eficacia del juicio de tercería en cuanto a la titularidad de la finca, lo cierto es que el respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a jueces y tribunales, impide al Registrador, desconocer la eficacia registral de una declaración judicial recaída en tal juicio por la que se firma la pertenencia del dominio a favor de determinada persona.

De esta Resolución se desprende, que la finalidad única del procedimiento de tercería de dominio, es el levantamiento del embargo que existe sobre un bien, no siendo objeto de este procedimiento las declaraciones de propiedad sobre el citado bien. No obstante en este caso concreto, se resuelve en el sentido de proceder a la inscripción de dominio, por respeto a la función jurisdiccional.

### **7.3 Requisitos que ha de cumplir el tercerista para que prospere la tercería de dominio.**

Dentro de los diferentes requisitos que pueden destacarse en relación a la tercería de dominio, se van a analizar aquellos que se exigen al tercerista para el éxito de la tercería, dejando fuera aquellos que sean necesarios desde el punto de vista procesal, tales como plazo para interponer la demanda de tercería, pendencia de un proceso de ejecución,<sup>320</sup> por entender que los primeros, están más relacionados con este trabajo de investigación.

Para el éxito de la tercería de dominio por parte del cedente del suelo, deben darse tres requisitos: que el cedente acredite ser el titular del bien, que la adquisición sea anterior a la traba del embargo, y la condición de tercero del tercerista.<sup>321</sup> Todo ellos establecidos también por la Jurisprudencia en la STS de 4 de julio de 2007.<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> Vázquez Barros, Sergio. *Las tercerías de dominio y de mejor derecho. La traba de bienes*. En *op.cit.* analiza también este tipo de requisitos en pgs. 53 y s.s

<sup>321</sup> Enumeración realizada por CASERO LINARES, Luis. *La tercería de dominio*. *op. cit.* que recoge por otra parte los requisitos que establece la Jurisprudencia.

<sup>322</sup> STS Sala 1ª Sección 1ª, Sentencia 795/2007 de 4 de julio, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, (RJ 2007/3795) que en su fundamento de derecho segundo establece: “*El tercerista tiene que probar la existencia del dominio a su favor a la fecha del embargo que pretende levantar, sin que sea suficiente que lo demuestre respecto de quién dice habérselo transmitido a él, pues no se puede ejercitar la tercería por otro. Habida cuenta de que la finalidad institucional y única de la tercería de dominio es la de liberar de un embargo de bienes que han sido indebidamente trabados, por pertenecer los mismos no al ejecutado, sino a un tercero extraño a la deuda reclamada en el correspondiente procedimiento ejecutivo, con titularidad dominical adquirida con anterioridad al embargo...*”

### 7.3.1 Titularidad del bien embargado.

En cuanto a la titularidad del bien, el cedente debe acreditar que es el propietario del inmueble embargado. Este requisito, va a tener especial complejidad en la figura que estamos estudiando, por la dificultad que existe para establecer cuando se considera que el cedente adquiere la propiedad sobre el inmueble objeto de la contraprestación, que se caracteriza principalmente por ser un objeto futuro, *res speratae* en el momento del otorgamiento del contrato, y por ser un objeto que se encuentra en construcción y en definitiva en proceso de transformación. Según nuestro ordenamiento jurídico, la propiedad se adquiere conforme al art. 609 CC mediante título y modo, ello significa, que el cedente va a tener que invocar un título de adquisición, el contrato de cesión de solar por obra futura, y a la vez el modo, es decir la entrega del inmueble. Por su parte, el art. 1462 CC. Establece la posibilidad de que la entrega se realice de forma instrumental o *ficta*, mediante el otorgamiento de escritura pública.<sup>323</sup>

Estos dos aspectos, provocan habitualmente gran confusión y discrepancia en cuanto a la determinación de la adquisición por parte del cedente. Confusión que se ve aumentada, cuando el cedente debe acreditar el dominio sobre el bien embargado en un procedimiento de tercería de dominio.

En relación al título, la Jurisprudencia viene entendiendo que éste no tiene que ser un título preconstituido,<sup>324</sup> sino que basta con justificar el dominio por cualquiera de

---

<sup>323</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia 1218/2007 de 14 de noviembre (RJ 2008,15), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, que en su fundamento de derecho cuarto establece: “*Como se ha visto, la Sala de instancia consideró, en efecto, acreditada la puesta de la cosa vendida en poder y disposición de los compradores, y consiguientemente, operada la “traditio” que provocó la adquisición por éstos del dominio del inmueble que constituye el título para la tercería, y esa conclusión primero fáctica, y después jurídica, debe ser mantenida, por cuanto responde, por un lado, a la soberana valoración de la prueba del tribunal sentenciador, y por otro lado, al criterio espiritualista que impera en el sistema patrio de adquisición de dominio y de los demás derechos reales, y que se traduce en la admisión de formas espiritualizadas de tradición o entrega, que, además, no son de enumeración cerrada o taxativa, sino que comprenden todos aquellos actos de la más variada índole o naturaleza, que de modo .ánimus transferendi et accipendi domini...*”

<sup>324</sup> STS, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2002, Sentencia 554/2002, (RJ 2002,4581), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán, que en su fundamento de derecho 2º establece: “*...la titularidad dominical es un presupuesto inexcusable para el éxito de la acción de tercería de dominio, y la constante doctrina de esta Sala ha declarado que el término técnico “título de dominio” no equivale a documento preconstituido, sino a la justificación dominical; justificación dominical consistente en la prueba de algunos de los llamados “modos de adquirir la propiedad”*. En este mismo sentido se pronuncia más recientemente el AAP de Lleida (Sección 2ª), de 16 de marzo de 2006, (RJ 2006,249841), Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Ana Cristina Sainz Pereda, que en su fundamento de derecho 2º declara: “*La prueba de titularidad dominical incumbe al tercerista, sin que el estado posesorio sea suficiente a tal fin, y aunque el término técnico “título de dominio” no equivale a documento*

los modos de adquirir la propiedad. En caso de que conste en documento, puede ser documento público o en documento privado, este último supuesto en procedimiento ejecutivo ordinario.<sup>325</sup> Así se pronuncia la jurisprudencia en la STS de 14 de noviembre de 2007,<sup>326</sup> en las que las partes, formalizaron un contrato de compraventa en documento privado, si bien la sentencia, declara adquirido el dominio sobre el inmueble, al acreditar perfeccionado y consumado el contrato de compraventa mediante la entrega de la cosa vendida, al haberse producido la entrega de llaves. Por el contrario, el AAP Santa Cruz de Tenerife de 19 de enero de 2012,<sup>327</sup> entiende que no se ha acreditado el dominio a pesar de estar el contrato elevado a escritura pública, porque los inmuebles todavía no están edificadas y el objeto no está determinado.

En cuanto al modo de adquirir la propiedad, no existen *números clausus*, pudiendo realizarse también mediante la *traditio* instrumentalizada del art. 1462 CC. En este sentido se pronuncia la STS de 31 de Mayo de 2002.<sup>328</sup>

La Jurisprudencia más reciente, declara, que en el contrato de cesión de suelo por obra futura, el cedente sólo puede adquirir la propiedad el inmueble cuando la obra se encuentra totalmente terminada y es apta para utilizarla. Así lo recoge la STS de 14 de junio de 2007<sup>329</sup> y más recientemente el AAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de enero de 2012<sup>330</sup>. Otras sentencias, como la STS de 13 de noviembre de 2009<sup>331</sup> exigen

---

*preconstituido sino a justificación documental, será necesario en todo caso, la prueba de alguno de los llamados modos de adquirir la propiedad...*

<sup>325</sup> El art. 131 de la LH que regula el procedimiento de ejecución de hipoteca, exige la presentación de un título público inscrito en el Registro de la Propiedad.

<sup>326</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia 1218/2007 de 14 de noviembre (RJ 2008,15), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

<sup>327</sup> AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) Auto 5/2012 de 19 de enero (RJ 2012,85081), que en su fundamento cuarto establece: “*En definitiva, no cabe prescindir en estos casos del requisito del modo pues la entrega para la adquisición del dominio sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda en cuestión al permutante, incluso en casos como el presente en que se elevó el contrato de permuta a escritura pública*”.

<sup>328</sup> STS, Sala de lo Civil de 31 de mayo de 2002, Sentencia 554/2002 (RJ 2002,5481), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán, relativa a la justificación del título de dominio por cualquiera de los modos de adquirir la propiedad en el CC.

<sup>329</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia 725/2007 de 14 de junio, (RJ 2007,3515), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, que en su fundamento de derecho segundo establece: . “*En definitiva no cabe prescindir en estos casos del requisito del “modo” pues la entrega necesaria para la adquisición del dominio sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión y entrega de la posesión de la vivienda en cuestión a los permutantes, incluso en casos como el presente en que se elevó el contrato a escritura pública.*”

<sup>330</sup> AAP de Santa Cruz de Tenerife, (Sección 4ª) Auto 5/2012 de 19 de enero (RJ 2012,85081), Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Pilar Aragón Ramírez, que en su fundamento cuarto establece: “*En definitiva no de la vivienda en cuestión al permutante, incluso en casos como el presente en abe prescindir en estos casos del requisito del modo pues la entrega necesaria para la adquisición del dominio solo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda en cuestión al*

además que exista una auténtica voluntad de entregar y recibir, es decir, que si el cesionario pone a disposición del cedente el inmueble y éste lo rechaza, no se produce la transmisión, aunque el inmueble esté finalizado y el cesionario en disposición de transmitirlo.

En cuanto al modo de entrega, la Jurisprudencia viene admitiendo gran diversidad de formas, considerando efectuada la *traditio*, como la elección de los inmuebles por parte de los cedentes cuando la obra ya estaba finalizada<sup>332</sup>, o bien porque el cedente había contratado la sustitución de cambios de enchufes<sup>333</sup>. Por el contrario, no considera efectuada la “traditio” cuando el cedente no acepta la entrega de llaves, en un acto de conciliación.<sup>334</sup>

### **7.3.2 La adquisición del dominio por el tercerista debe de haberse producido antes de la traba.**

Además de ser titular del inmueble, el cedente tiene que haberlo adquirido con anterioridad a la traba del embargo. Así se recoge en la STS de 4 de julio de 2007, cuando establece que el embargo de inmuebles es eficaz desde que se produce la traba y no desde que el embargo tuvo acceso al Registro de la Propiedad, pues la anotación no tiene carácter constitutivo.<sup>335</sup> Es el principio *prior tempore potior in iure* el que determina la prevalencia de uno o de otro, por ello, producida la adquisición del dominio por el tercerista y acordado el embargo de ese inmueble, prevalecerá el que

---

*permutante, incluso en casos como el presente en que se elevó el contrato de permuta a escritura pública”.*

<sup>331</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia 731/2009 de 13 de noviembre, (RJ 2010,102), Magistrado Ponente Excmo. Sra. Dª Encarnación Roca Trías, que en su fundamento de derecho séptimo establece: “Este esquema inicial debe completarse con otro elemento: deben coincidir la voluntad de quién entrega y la de quién recibe, de modo que el efecto traslativo sólo tiene lugar cuando ambas concuerdan. Aunque no sea necesaria una declaración especial del adquirente para conseguir la propiedad, lo que sí resulta cierto es que cuando hay una negativa expresa a aceptar lo que el tradens le ofrece no se va a producir la adquisición ...”

<sup>332</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia de 23 de enero de 2007, (RJ 2007,595), Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, que en su fundamento primero establece: “...Además la Audiencia deja sentado que no sólo hubo un contrato perfecto de permuta con objeto cierto, sino que también hubo “modo” al constar acreditado que en el año 1991, construido ya el complejo urbanístico se ejercitó la facultad de elegir los apartamentos a cambio del suelo cedido, tomando el tercerista demandante la posesión material de varios apartamentos entre los que se incluyen los embargados.”

<sup>333</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia 1218/2007 de 14 de noviembre (RJ 2008,15)

<sup>334</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia 731/2009 de 13 de noviembre, (RJ 2010,102), Magistrado Ponente, Excmo. Sra. Dª. Encarnación Roca Trías.

<sup>335</sup> AAP de Madrid (Sección 20ª), Auto 132/2008 de 9 abril, (RJ 2008,1042), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Peñas Gil. En este mismo sentido se pronuncia el AAP de Madrid (Sección 28ª) de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012,177240), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González.

ostente la preferencia cronológica, adquisición anterior frente al embargo posterior, y a la inversa. En consecuencia, hay que tener en cuenta la fecha de la diligencia de embargo y no la de la anotación preventiva en el Registro. Por su parte, la STS de 20 de octubre de 2003, establece que la viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo, por ser el momento en que se produce la perturbación.

De esta manera, en los supuestos de contrato de cesión de solar por obra futura, para que pueda prosperar la tercería de dominio, la edificación debe estar terminada <sup>336</sup>y debe de haber sido entregada al cedente, antes de la traba del embargo. Por ello, en el supuesto contemplado en la STS de 21 de junio de 2007,<sup>337</sup> no puede prosperar la tercería de dominio interpuesta por el cedente porque el tercerista adquirió el inmueble tras haber sido embargado.

### **7.3.3 Condición de tercero del cedente en relación con el ejecutante y ejecutado.**

Junto a los requisitos anteriores, el cedente debe reunir la condición de tercero, respecto al ejecutante y el ejecutado, en el sentido que se ha de ser independiente de ambos, y nunca puede coincidir con la persona de ninguno de ellos. Debido a la especialidad del contrato de cesión de solar por obra futura, este requisito, se va a cumplir en la mayoría de los casos, como consecuencia de la propia naturaleza del contrato, que se fundamenta en la entrega de un solar a una promotora, que adquiere la propiedad del mismo, a cambio de inmuebles futuros. Los supuestos en los que no se dará este requisito en la persona del cedente, son aquellos, que se basen en la entrega del solar propiedad de un particular, a una empresa promotora de la que el cedente sea propietario. En estos casos, la Jurisprudencia viene aplicando la llamada doctrina del levantamiento del velo.<sup>338</sup> También puede contemplarse dentro de estos casos, aquellos

---

<sup>336</sup> Conforme establece la STS de 14 de junio de 2007 (RJ 2007,595), para entender adquirido el dominio por el cedente.

<sup>337</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia 709/2007 de 21 de junio, (RJ 2007,453), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. En este mismo sentido se pronuncia el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), Auto 5/2012 de 19 de enero (RJ 2012,85081).

<sup>338</sup> En este sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 30 de noviembre de 2011, Sentencia 837/2011 (RJ 2012, 1639), que en su fundamento de derecho 1º establece: “...El problema consiste esencialmente en si encontrándose inscritas las fincas a nombre de una sociedad mercantil (Hidasol S.L), cabe practicar anotaciones preventivas acordadas en un procedimiento de apremio seguido contra la persona natural, anterior titular registral del dominio, teniendo en cuenta que por sentencia firme recaída en una tercería de dominio, promovida en su día pro dicha sociedad mercantil se

en los que el derecho del cedente tenga su origen en herencia o en donación del primer cedente, y, en el caso de los bienes gananciales, en los supuestos de comunidad postmatrimonial sobre la masa ganancial hasta que ésta se liquide.<sup>339</sup>

#### **7.4 La condición de tercero hipotecario del cedente en relación al embargo.**

Aunque el éxito de la tercería de dominio, se fundamenta en el principio de *prior tempore, potior iure*, entendido como que el derecho preferente es aquel, que es anterior, el tercerista puede verse protegido por el art. 34 de la LH, como tercero hipotecario si ha sido adquirente oneroso, de buena fe y ha inscrito su derecho, en virtud de lo establecido en el art. 587.2 de la LEC<sup>340</sup>. Este artículo se aplica, a las adquisiciones del inmueble por el cedente posteriores a la traba del embargo, pero que acceden al Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación de embargo. La obtención por cedente de la condición de tercero hipotecario se produce en el momento en que se practica la inscripción, si bien retrotrayendo los efectos, no al momento en que se haya verificado la adquisición, sino a la fecha del correspondiente asiento de presentación vigente en ese momento, tal y como se desprende de los artículos 24 y 255 de la LH. Así lo recoge la STS de 14 de junio de 2007<sup>341</sup>.

Por el contrario, cuando la anotación preventiva de embargo es anterior a la adquisición por el cedente, en este caso tiene preferencia el embargo y el tercerista

---

*desestimó su demanda por no ser la sociedad persona distinta de quienes la habían constituido, precisamente la referida persona natural y su esposo, siendo así de un lado, que las fincas habían sido aportadas a la sociedad por la propia persona natural después de adjudicárselas en escritura pública de la disolución de la sociedad de gananciales otorgada el 8 de marzo de 1988...* En este mismo sentido, se pronuncia la STS, Sala 1ª, de 25 de junio de 2007 (R/J 2007,6150), STS de 27 de diciembre de 2006 (R,J 8730,2006);

<sup>339</sup> En este sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 17 de octubre de 2006 (RJ 9983,2006) y la SAP de Madrid, (Sección 12ª) de 31 de mayo de 2006, (RJ 2006,2028).

<sup>340</sup> El art. 582 de la LEC, se refiere al momento del embargo, entendido como aquel en que se produce la traba del bien, sin embargo el punto 2 de dicho artículo, se establece: *“Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas.”*

<sup>341</sup> STS, Sala 1ª Sección 1ª Sentencia 708/2007 de 14 de junio, (RJ 2007,6031) Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, que en su fundamento tercero in fine establece: *“En conclusión: la fecha clave es la del embargo, que prevalece sobre la adquisición por un tercero, aunque no esté anotado en el Registro de la Propiedad y a no ser que reúna los presupuestos de tercero hipotecario. Continúa diciendo la sentencia en el fundamento cuarto in fine establece: “ De ello se deduce, siguiendo lo expuesto y la doctrina jurisprudencial, que el tercerista no puede hacer prevalecer su adquisición frente al embargo. Es decir compró una finca que ya estaba embargada. No alegó, ni cabe aplicar la doctrina del tercero hipotecario porque no inscribió su derecho sobre la finca embargada, sino hasta después de presentada la demanda. Compró una finca embargada anteriormente y al no inscribir en el Registro de la Propiedad no puede quedar protegido por éste. Se aplica pues, la normativa de derecho civil y es claro que adquirió la finca que estaba embargada, sin que importe en este caso que este embargo esté en el Registro de la Propiedad.”*



carece de la condición de 3º hipotecario. Así lo contempla la STS de 15 de junio de 2007, que declara la primacía del embargo sobre la posterior adquisición, aunque ésta lo sea por escritura pública, no inscrita y fiada de los datos del Registro de la Propiedad al no estar anotado aquél. Esta Sentencia, presenta el supuesto, de adquisición de un inmueble posterior a la diligencia de embargo; el embargo se anotó dos años después de la traba, y el tercerista tampoco inscribió su derecho, por lo que éste, no tenía la condición de tercero hipotecario. En este mismo sentido la STS de 21 de junio de 2007,<sup>342</sup> se refiere a la inscripción en el Registro de la Propiedad del inmueble adquirido después de realizado el embargo, (que se llevó a cabo cuando aún pertenecía al ejecutado) pero antes de que se anote. En este supuesto, el Tribunal Supremo, tampoco reconoce al tercerista, la condición de tercero hipotecario conforme al art. 34 LH, porque cuando el tercerista presenta su título de propiedad para inscribir, ya se encuentra anotado el embargo sobre el inmueble.

En cuanto a la protección registral desplegada, sus efectos sólo se retrotraen a la fecha del asiento de presentación. Así se establece en la STS de 21 de junio de 2007,<sup>343</sup> y más recientemente en la SAP de Madrid de mayo de 2011,<sup>344</sup> cuando, en un

---

STS Sala 1ª Sección 1ª, Sentencia 21 de junio de 2007, Sentencia 709/2007, (RJ 2007,3453), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que en su fundamento de derecho 2º declara: *“En el caso enjuiciado el inmueble de que se trata fue objeto de embargo en el proceso de ejecución seguido entre los demandados con el núm. 350/91, mediante providencia judicial de fecha 1 de octubre de 1991, cuando el mismo era de propiedad de la parte ejecutada Naves Regionales S.A de fecha 19 de mayo de 1992. A partir de ese momento, el embargo fue objeto de anotación registral con fecha 17 de diciembre de 1992 en un momento en que la adquisición del tercerista aún no había tenido al Registro pues la inscripción de su dominio se produjo con fecha 20 de mayo de 1993... La cuestión debatida se centra, en el embargo trabado, en la determinación del momento en que opera los efectos del principio de fe pública registral, o sea la protección plena que al tercero hipotecario reconoce el art. 34 de la Ley Hipotecaria, tomando en consideración que, aunque el embargo se hubiera producido antes de la adquisición onerosa, al tiempo de otorgarse la escritura pública correspondiente no figuraba en el Registro ninguna anotación preventiva de embargo, si bien cuando se presentó el título de compraventa para su inscripción ya constaba en el Registro Inmobiliario anotación preventiva de aquel. La citada sentencia establece que “la protección registral que los recurrentes (actores en tercería de dominio) propugnan es verdad que se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurran los demás requisitos que el art. 34 LH señala, pero únicamente se retrotrae a la fecha del asiento de presentación, como se previene en el art. 24 de la Ley Hipotecaria, y no al momento en que se haya verificado la adquisición.”*

<sup>343</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia 709/2007 de 21 de junio (RJ 2007,709), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que establece *“La protección registral que los recurrentes (actores en la tercería de dominio) propugnan es verdad que se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurran los demás requisitos que el art. 34 señala, pero únicamente se retrotrae a la fecha del asiento de presentación, como se previene en el art. 24 de la LH, y no al momento en que se ha verificado la inscripción.”*

<sup>344</sup> SAP de Madrid, (Sección 28º), Sentencia 175/2011 de 19 de mayo (RJ 2011,268671), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González, que en su fundamento de derecho 2º establece: *“Este es el supuesto que nos ocupa, en el que la adquisición se produce en un momento en que registralmente no existía constancia alguna del embargo, pero la inscripción tiene lugar cuando ya constaba anotado*

supuesto de tercería de dominio, interpuesta por Sotolenda Europea S.L interesando el alzamiento del embargo trabado sobre la mencionada finca por la TGSS, basándose en que el mandamiento que motiva la inscripción registral como la anotación preventiva de embargo son posteriores a la fecha de la compraventa. El adquirente alega que le corresponde la protección registral del art. 34 LH. Sin embargo, la Audiencia considera que no es aplicable este artículo pues la protección que despliega el mismo se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente, retrotrayéndose los efectos a la fecha del asiento de presentación, y, en el momento en que se practica la inscripción de dominio a favor del adquirente ya se encontraba anotado el embargo, por lo que la tercería de dominio es desestimada.

### **7.5 La tercería de dominio y la resolución de contrato de cesión de finca por edificación futura.**

En caso de incumplimiento contractual, el cedente puede instar la resolución del contrato, bien ejercitando la condición resolutoria expresa pactada, bien de mutuo acuerdo entre las partes, o bien mediante el ejercicio de la llamada condición implícita regulada en el artículo 1124 del CC. El efecto de la resolución, es la recuperación de la finca por el cedente. Dado que los efectos, son *ex tunc*, el cedente debería recuperar el inmueble libre de cargas. Pero puede ocurrir que en el transcurso de la resolución, dado que el solar es propiedad del cesionario y está afecto a la responsabilidad patrimonial del art. 1911 del CC, puede ser objeto de embargo por parte de los acreedores del cesionario. En estos casos, cabe preguntarse, si el cedente se encuentra suficientemente protegido y si el ejercicio de la acción de tercería por su parte, le va a posibilitar recuperar la finca libre de cargas.

Dentro de los supuestos en los que puede verse inmerso el cedente hay que distinguir varias situaciones como son: La existencia de una condición resolutoria explícita, la resolución por mutuo acuerdo de las partes, y que la resolución se produzca por sentencia judicial en virtud del art. 1124 CC. Vamos a analizar cada una de ellas.

---

*preventivamente dicho embargo. La protección que otorga el art. 34 LH se adquiere en el momento de la inscripción sin que se retrotraiga al de la adquisición. Para ser más precisos, los efectos se producen a partir del asiento de presentación de la inscripción, pues el art. 24 LH determina expresamente que se considera como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma."*

### 7.5.1. Existencia de condición resolutoria explícita

Cuando las partes han pactado en el contrato, una condición resolutoria expresa para caso de incumplimiento, y ésta se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad conforme al art. 11 de la LH, el cedente recuperará el inmueble libre de cargas. Así se pronuncia la STS de 15 de octubre de 2010<sup>345</sup>. Si la condición resolutoria expresa no está inscrita en el Registro de la Propiedad, no puede surtir efectos frente a terceros, con lo cual, el cedente recuperaría la finca con el embargo.

No obstante, la resolución no se produce *ipso iure* sino que el tercerista tendrá que ejercitar la condición resolutoria expresa conforme al art. 1504 CC, pues la condición resolutoria que se pacta en garantía de la obligación, no incide en la transmisión del dominio que desde luego se produce sino que establece un específico medio de extinción o pérdida del mismo. Es estos mismos términos se pronuncia el AAP de Madrid de 12 de abril de 2012.<sup>346</sup>

### 7.5.2 Que la resolución del contrato se produzca por mutuo acuerdo de las partes

En este supuesto la resolución tiene eficacia limitada a las partes, no pudiendo afectar a terceros conforme a lo establecido en el art. 1257 CC<sup>347</sup>. Así en un supuesto de cesión de solar por obra futura, las partes decidieron resolver el contrato en escritura pública, produciéndose el embargo del solar, entre la firma del contrato de cesión y del documento de resolución. El cedente, interpone el incidente de tercería. La AP de Las Palmas, en el Auto de 22 de noviembre de 2007,<sup>348</sup> desestima la tercería y establece que

---

<sup>345</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia 644/2010 de 15 de octubre (RJ 2010,7461), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. En su fundamento de derecho primero establece: “La segunda de las premisas de las que debemos partir para la decisión de la controversia es que nuestro sistema también admite la transmisión de inmuebles bajo condición resolutoria expresa, que atribuye al adquirente una titularidad interina que no anula ni condiciona el ejercicio de la acción resolutoria, dando lugar cuando se escriben al amparo de los artículos 9.2 de la LH y 51.6 de su Reglamento a las llamadas condiciones resolutorias con eficacia real, de conformidad con el art. 11 de la Propia Ley de tal forma que durante la pendencia el nuevo titular registral adquiere el derecho inscrito sujeto a la condición y conservando el transmitente la expectativa de resolver el contrato con efectos frente a terceros en el caso de cumplirse la condición.”

<sup>346</sup> AAP Madrid, Sección 12ª, Auto 244/2012 de 12 de abril (RJ 2012,169934), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández de Sevilla.

<sup>347</sup> El art. 1257 CC, establece: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto o por disposición de ley.”

<sup>348</sup> AAP de Las Palmas, Sección 5ª Auto 181/2007 de 22 de noviembre, (RJ 2008,65710) Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre, que en su fundamento de derecho segundo establece:

la cedente recupera la finca pero debe soportar la traba, conservando frente al cesionario las acciones correspondientes al no haber cumplido éste con el efecto resolutorio que era la restitución libre de cargas y gravámenes por aplicación analógica del art. 1303 CC.<sup>349</sup> En este mismo sentido, se pronuncia el AAP de Huelva de 7 de mayo de 2007,<sup>350</sup> en un supuesto similar.

### **7.5.3. Que la resolución se produzca por sentencia judicial en virtud del art. 1124 CC.**

En este supuesto el cedente ha de formular demanda para obtener la resolución del contrato de permuta por incumplimiento del cesionario. Así sucedió en el supuesto contemplado en el AAP de Las Palmas, de 19 de marzo de 2010.<sup>351</sup> El cedente, formuló demanda de resolución contractual contra el cesionario por incumplimiento, el juzgado dictó sentencia resolviendo el contrato de cesión de solar por obra futura. El solar se encontraba embargado, por lo que interpuso tercería de dominio, que fue desestimada por considerar que aunque el cedente es titular en pleno dominio de la finca. Esta declaración no puede tener efecto retroactivo frente terceros, que no fueron parte en el contrato ni en el juicio ordinario para su resolución, habiéndose acordado el embargo en un momento en el que el deudor figuraba como titular en el Registro de la Propiedad, sin sujeción a condición resolutoria alguna. Los efectos resolutorios en este caso son *ex tunc* pero en virtud del art. 1124 CC se entienden sin perjuicio de los terceros adquirentes con arreglo al art. 1295 CC y 1298 del mismo cuerpo legal, y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria. En este mismo sentido se pronuncia el AAP de

---

*“Los contratos, de acuerdo con lo establecido en el art. 1257 del CC, únicamente producen efectos entre las partes y sus herederos. De esta forma los efectos de un acuerdo de resolución contractual habido entre las partes tienen efectos “ex tunc”, pero este efecto “ex tunc” queda limitado a los otorgantes, y tratándose del dominio sobre bienes inmuebles no puede oponerse válidamente a terceros de buena fe sino desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad. A través del contrato de permuta se operó la válida transmisión del dominio del solar desde la apelante a la entidad Las Palmas Los Jiles S.L en virtud del art. 609 CC, inscribiéndose el dominio a favor de la adquirente en el Registro de la Propiedad. El embargo se produce por tanto cuando ésta se encuentra adquirida válidamente por “Las Palmas Los Jiles S.L” e inscrita a favor de dicha deudora. No aparece que el Registro de la Propiedad publicara cosa alguna sobre condición suspensiva, o pacto de reserva de dominio. Tampoco consta aportada en la pieza de esta tercería la escritura de resolución del contrato, ignorándose cuáles fueran las causas de dicha resolución. En consecuencia se trata de una resolución de común acuerdo que únicamente obliga a las partes y que no puede oponerse a tercero con efectos reales sino a partir de que se opera la elevación a público del documento y su inscripción en el Registro de la Propiedad.”*

<sup>349</sup> El art. 1303 CC establece: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato ...”

<sup>350</sup> AAP de Huelva, Sección 1ª, Auto 30/2007 de 7 de mayo. (RJ 2007,2175).

<sup>351</sup> AAP de las Palmas, Sección 4ª, Auto 173/2010 de 19 de marzo, (RJ 2010,419234), Magistrado Ponente, Ilmo. Sr. Dª María de la Paz Pérez Villalba.

Burgos de 22 de noviembre de 2005, y el AAP de las Palmas de 10 de marzo de 2010.<sup>352</sup>

## **7.6 La tercería de dominio en el procedimiento de ejecución hipotecaria.**

Uno de los motivos más argumentados por la doctrina y la Jurisprudencia para fundamentar la importancia del contrato de cesión de solar por obra futura, es precisamente, el hecho de que al adquirir el derecho de propiedad sobre el solar, el cesionario, suele financiar la construcción de los inmuebles futuros mediante la solicitud de créditos hipotecarios, en virtud de los cuales, constituye hipoteca sobre el solar. Generalmente, el propio cedente, cuando pacta en el contrato una condición resolutoria explícita para supuestos de incumplimiento, suele pactar y consentir también la posposición de la condición resolutoria a la hipoteca. En otros casos, y salvo supuestos en los que el cedente prohíba la constitución de hipoteca, el solar va a garantizar y responder directamente del pago del crédito. En estos casos, la posición del cedente, se debilita aún más, asumiendo un riesgo añadido a su de por sí arriesgada situación.

Por tanto, cuando el cesionario no pueda hacer frente al pago del crédito, la entidad financiera prestamista, va a poder ejecutar la hipoteca, conforme al procedimiento establecido en el art. 131 de la LH. Ante esta situación, el cedente podrá interponer tercería de dominio con objeto de salvaguardar el solar o los inmuebles en construcción del procedimiento ejecutivo hipotecario. La tercería de dominio en este caso viene regulada en el art. 696 de la LEC, y exige para su admisión, la presentación por el tercerista del título de dominio debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, a diferencia del procedimiento ejecutivo común, que permite la acreditación del dominio por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Este requisito como establece el AAP de Las Palmas de 18 de abril de 2006,<sup>353</sup> es un requisito de

---

<sup>352</sup> AAP de Burgos, Sección 3ª, Auto 22 de noviembre de 2005 (RJ 2006,9267) y AAP de Las Palmas, Sección 5ª, Auto 42/2010 de 10 de marzo. (RJ 2010,1946)

<sup>353</sup> AAP de las Palmas (Sección 3ª) de 18 de abril de 2006. Auto 53/2006 (RJ 2006,199174), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García que en su fundamento de derecho 1º establece: “*Se ha planteado por la parte ahora apelante demanda de tercería de dominio en procedimiento de ejecución hipotecaria, solicitando la demandante de tercería el reconocimiento de su propiedad, sobre los solares cuya hipoteca se ejecuta, y la cancelación de dicho gravamen hipotecario. La demanda no fue admitida a trámite y dicha resolución debe ser confirmada. El art. 696 de la LEC exige, para la simple admisión a trámite de la tercería, que se aporte –en caso de ejecución sobre bienes inscritos en el Registro de la Propiedad- junto con la demanda la certificación registral que acredite la inscripción del título del*

admisibilidad y no de fondo, de tal forma que en caso de no presentarse ha de declararse la no admisión de la demanda de tercería. El motivo de la exigencia de este requisito, se centra en el principio de seguridad jurídica, pues el acreedor hipotecario que inscribe su garantía confiando en la titularidad dominical del bien hipotecado que publica el Registro, sabe que su derecho puede decaer frente a títulos registrales preinscritos en el Registro y no frente a títulos extrarregistrales. Precisamente, dado el sistema de adquisición de la propiedad del art. 609 CC y la Jurisprudencia dominante en cuanto a la adquisición de los pisos futuros, como el cedente no adquiere los pisos hasta que estén totalmente contruidos, es difícil que este procedimiento pueda prosperar en cuanto al derecho del cedente, pues generalmente, el solar y los inmuebles futuros, serán propiedad del cesionario, y la hipoteca en todo caso será anterior, a la adquisición por parte del cedente.

Esta excepcionalidad se recoge en la propia Jurisprudencia, así se recoge en el AAP de Barcelona de 29 de marzo de 2006 <sup>354</sup> ante un supuesto de tercería en procedimiento hipotecario. En ese supuesto, los cedentes terceristas transmitieron a la empresa constructora el solar de su propiedad, a cambio de dos apartamentos. Esta empresa constructora constituyó hipoteca sobre la obra en construcción, incluidas las dos viviendas comprometidas con los cedentes. Éstos interpusieron tercería de dominio, que fue estimada por el Juzgado al entender que las fincas pertenecían a los actores y a los solos efectos de la tercería ordenando la cancelación de la hipoteca y el alzamiento

---

*tercerista, de fecha anterior a la inscripción de la garantía que se ejecuta. Y si bien el demandante aportó escritura de cesión de solares al ejecutado y nota registral de dicha escritura, el título de dominio no es evidentemente ese, ya que por dicha escritura el tercerista enajena el dominio al ejecutado en el proceso principal, sino la escritura complementaria en la que se pacta una condición resolutoria para el caso de incumplimiento por el cesionario de sus obligaciones de edificación. Esta segunda escritura pública, no consta inscrita en el Registro o al menos el tercerista no ha aportado la certificación que exige el art. 696 LEC. Este requisito no es una cuestión del fondo del asunto sino de admisibilidad a trámite de la tercería.”*

<sup>354</sup> AAP de Barcelona, Sección 1ª de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006, 66), Magistrado Ponente, Ilma. Sra. Dª María Dolores Portella Lluch, que en su fundamento de derecho segundo establece: “*Ante la evidente existencia de una escritura de hipoteca sobre las fincas que la constructora se había comprometido a ceder, si la parte cedente plantea tercería de dominio, debe atenerse a los requisitos del art. 696 de la LEC, según el cual y como exigencia ineludible para la viabilidad de la tercería de dominio en un procedimiento de ejecución hipotecaria, es preciso que el tercerista acompañe a la demanda título de propiedad, y que ésta sea de fecha fehaciente anterior a la constitución de hipoteca. Por consiguiente, no se trata de un supuesto de tercería de dominio sobre bienes embargados, en la que el tercerista debe probar el título y puede hacerlo por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sino que en la tercería de dominio sobre bienes hipotecados, la exigencia de la Ley es mucho más rigurosa, de forma que en la práctica resultará muy difícil que puedan concurrir puesto que si hubiera un titular registral distinto del hipotecante la hipoteca ya no se habría podido constituir, por lo que salvo supuestos de actuaciones delictivas o de errores en el Registro de la Propiedad, la posibilidad de que concurren los requisitos deviene excepcional.”*

de las medidas de garantía acordadas sobre las dos viviendas de los cedentes. La constructora interpuso recurso de apelación, que fue acogido por la Audiencia, estableciendo, que los cedentes no habían presentado título de propiedad inscrito, tal y como exigía el art. 696 de la LEC.

En este mismo sentido, y ante un supuesto similar, se pronuncia la AP de Las Palmas en el Auto de 18 de abril de 2006.<sup>355</sup>, que declara que el requisito de la presentación de título de propiedad inscrito es un requisito de admisibilidad, no de fondo, por lo que confirmó el Auto del Juzgado en el que se denegaba la admisión de la demanda de tercería.<sup>356</sup>

Puede concluirse que el cedente en la mayoría de los casos, no va a poder ejercitar con éxito este procedimiento, porque se requiere como requisito esencial ser propietario del bien embargado al cesionario. Teniendo en cuenta la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo, (que exige para que el cedente pueda adquirir la propiedad que el inmueble esté acabado y en condiciones de uso), la tercería de dominio prosperará en los supuestos en que se le haya entregado el inmueble en esas condiciones aunque no haya inscrito la transmisión en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si sobre el solar se constituyó una comunidad, la obra se adquiere por accesión y en ese caso, podría instar con posibilidades de éxito el procedimiento de tercería de dominio, aún cuando su título no constara inscrito. Sin embargo, sólo podrá instar un procedimiento de tercería hipotecaria, cuando tenga inscrito su titularidad en el Registro de la Propiedad porque en este procedimiento se exige la inscripción registral del título del tercerista.

---

<sup>355</sup> AAP de Las Palmas (Sección 3ª), Auto 53/2006 de 18 de abril (RJ 2006,199174), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García.

<sup>356</sup> En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Cantabria de 26 de enero de 2004 (RJ 2004,80666), establece: *“Con ser posible ciertamente la interposición de tercería de dominio respecto de tal proceso de ejecución especial, no puede soslayarse que, como tuvo ocasión de decir este mismo tribunal en Sentencia de 23 de enero de 2001, “el proceso del art. 131 de la LH es un proceso de ejecución singular y especial para la realización del derecho real de hipoteca que por su propia naturaleza y finalidad no puede ser suspendido sino por motivos estrictos y tasados contemplados en el art. 132 de la LH; cualquier otra reclamación que pueda asistir al deudor o terceros u otros interesados, dice expresamente el mismo precepto, “incluso las que versen sobre nulidad de título o de las actuaciones sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, deben ventilarse en el juicio ordinario correspondiente, pero sin suspender en absoluto el proceso de ejecución inmobiliaria, pues de lo contrario se desvirtuaría este y se lesionaría indirectamente el crédito hipotecario como instrumento esencial de la economía.”*

## **8. EL PROBLEMA DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE EN SU CONDICIÓN DE PROPIETARIO POR RUINA O DEFECTO DE LA OBRA.**

### **8.1 Planteamiento del problema.**

En el contrato de cesión de solar por obra futura se ha planteado, si el cedente, puede tener responsabilidad por defectos o ruinas de la construcción. Nos parece oportuno analizar esta cuestión a continuación de la adquisición de la propiedad de los inmuebles futuros en función de la modalidad de contrato que se formalice, porque puede que la elección de una u otra modalidad, es decir como cesión total o cesión parcial del solar, influya en la atribución de responsabilidad al cedente.

El art. 1591 del CC, regula en el contrato de obra la responsabilidad por ruina de lo edificado, haciendo expresa referencia al dueño de la obra. La Jurisprudencia, fue interpretando este artículo y extendiendo la responsabilidad a los técnicos intervinientes en la construcción.

Posteriormente, la 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, ha determinado con más precisión la responsabilidad de los diferentes agentes que intervienen en la construcción. El art. 8 de la LOE, define como agente de la edificación, *a todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de edificación; cualquiera que sea la forma de su personalidad jurídica y el alcance de las obligaciones que a su intervención impongan las normas específicas de la aplicación a esta intervención o a las que se deriven del contrato que origina su intervención.* La LOE da por tanto un concepto muy amplio de agente de la edificación.

Por ello, MUÑOZ GARCÍA,<sup>357</sup> opina que el legislador podría haber optado por una legislación menos amplia limitada a la actuación en el proceso de edificación más que a la simple intervención en él. El motivo por el que formula este concepto tan amplio, es para extender el ámbito de responsabilidad, con objeto de proteger lo más posible a los adquirentes. En el contrato de cesión de solar por obra futura, el tema de la responsabilidad se ha planteado por la doctrina con relación con el cedente, y la transmisión parcial del solar.

---

<sup>357</sup> MUÑOZ GARCÍA, Carmen. "El contrato de obra inmobiliaria". *Manual de Derecho de la construcción*. La Ley. Grupo Walters Kluwer. 1ª edición. 2008. Pg. 224-225.



Las cuestiones que plantea específicamente la modalidad de transmisión parcial del solar, es si en este caso, dado que el cedente es propietario del inmueble-edificio-, existe responsabilidad por parte de éste en caso de ruina o defectos, y en los supuestos de cesiones de edificabilidad y en los casos rehabilitación. Y si en estos casos el cedente puede ser considerado como agente de la edificación conforme a la LOE.<sup>358</sup> Este aspecto de la responsabilidad por los defectos de la edificación ha sido causa de controversia.

La LOE en su art. 17 establece la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación. Son agentes del proceso edificatorio, el promotor, el proyectista (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico), el constructor y el director de la obra. La cuestión es si el cedente del suelo encaja en alguna de estas situaciones. Probablemente, será incuestionable su responsabilidad, si en el proceso edificatorio interviene desempeñando algunas de las funciones anteriores, además de concurrir en él la cualidad de cedente del suelo. Quizás la duda pudiera plantearse, en relación a la figura del promotor. La LOE, en el art. 9 define al promotor como *cualquier persona física o jurídica, pública o privada que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título*. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO<sup>359</sup> considera que este precepto, recoge la doctrina del Tribunal Supremo, pero prescinde de la idea de que el promotor es sólo quien encarga una obra para lucrarse mediante su enajenación a terceros, haciendo coincidir el concepto de promotor con el de comitente o dueño de la obra, al establecer expresamente que lo es quien decide, programa o financia la obra para sí. Considera, que todo comitente es promotor, ya construya para sí o con ánimo de lucro.

En nuestra opinión, esta cuestión en relación con este contrato, está en la posibilidad de que por su posición de propietario del suelo cedido a cambio de

---

<sup>358</sup>MEZQUITA GARCIA-GRANERO, M<sup>a</sup> Dolores. “El art. 1591 CC ante la Ordenación de la edificación.” (RCL 1999,2799). *Aranzadi Civil-Mercantil* vol. III (Estudio). Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 1999. pg. 3. En este sentido, la autora, considera, que: “tanto el art. 1591 del CC, interpretado por la jurisprudencia, entendía que la actividad de construir comprende tanto las obras de nueva construcción, como las de rehabilitación, modificación o ampliación que alteren la configuración arquitectónica del inmueble”. Esta doctrina Jurisprudencial ha sido recogida en el art. 2.2<sup>a</sup> a de la LOE.

<sup>359</sup>MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> Dolores “El artículo 1591 CC ante la Ley de Ordenación de la Edificación. *op.cit.* pg. 4/12. (Consultada el 18-02-2013).

inmuebles construidos pueda ser tenido como promotor formando parte del proceso edificatorio.

## 8.2 Posición de la doctrina

La doctrina científica no comparte una opinión unánime al respecto. Así, una parte considera que es responsable si contribuye económicamente a la construcción del inmueble. En este sentido SILLERO CROVETTO y GARCÍA ALGUACIL,<sup>360</sup> consideran que el cedente interviene de alguna manera en la edificación, por ejemplo mediante la aportación de materiales, porque es industrial, nos encontraríamos ante un arrendamiento de servicios, y existiría responsabilidad del cedente. En nuestra opinión, en este caso concreto expresado por las autoras anteriores, consideramos que la responsabilidad no sería consecuencia del contrato de cesión sino de su responsabilidad como suministrador de los materiales, y siempre que los defectos constructivos traigan su causa en la calidad de los mismos.

Otros autores como CABANAS TREJO Y SÁNCHEZ PRAT,<sup>361</sup> entienden que sí puede darse la responsabilidad del cedente porque la construcción se ha desarrollado en un régimen de comunidad. TARRAGONA COROMINAS<sup>362</sup> en este supuesto considera que para evitar que la construcción se desarrolle en un régimen de comunidad, hay que habilitar jurídicamente al promotor para la construcción de la totalidad, constituyendo un derecho de vuelo o de superficie de la cuota retenida por el cedente. Por el contrario, BARRAL VIÑALS<sup>363</sup> se muestra contraria a considerar que en el

---

<sup>360</sup> SILLERO CROVETTO, Blanca y GARCÍA ALGUACIL, M<sup>a</sup> José. “El contrato de cesión de solar por obra futura”. *Estudios en Homenaje a la Profesora de la Puente*. Volumen I, coordinado por Lorenzo Prats Albentosa. Departamento de Dret Civil. Universidad de Valencia 1996. pg. 355. Entienden las autoras que: “El cedente se desentiende de todo el proceso de construcción hasta el momento en que se produzca la entrega de los pisos, si bien si el cedente interviene de alguna manera en la edificación, por ejemplo mediante la aportación también de materiales, porque es industrial, en este caso las autoras entienden que nos encontramos ante un arrendamiento de servicios, y por tanto con responsabilidad conforme al art.159ICC. No obstante, entienden que habrá que estar a la voluntad o intención de las partes, para ver realmente cual ha sido el efecto perseguido por ellos.”

<sup>361</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura”. *La Notaría*. núm. 3/2002. Marzo 2002. pg.65. Opinan los autores: “Respecto de su cuota, no obstante, el cedente sí tendría el carácter de promotor, aunque le encomiende la construcción al cesionario, y pague la ejecución de dicha obra con la cesión de la cuota”.

<sup>362</sup> TARRAGONA COROMINAS, Miquel. *op. cit.* pg. 7. Este autor entiende: “Que para evitar que la construcción se desarrolle en un régimen de comunidad, habrá que habilitar jurídicamente al promotor para la construcción de la totalidad, constituyendo un derecho de vuelo o de superficie de la cuota del solar retenida.”

<sup>363</sup> BARRAL VIÑALS, Inmaculada. *op. cit.* pg. 145. Considera esta autora que: “la comunidad sobre el suelo viene producida no por la voluntad asociativa, sino por el hecho de que el cesionario o promotor

supuesto de comunidad sobre el suelo, existe responsabilidad del cedente, porque no existe una voluntad asociativa sino que la finalidad del contrato es el intercambio de suelo por obra futura. GONZÁLEZ CARRASCO,<sup>364</sup> argumenta que salvo que el cedente tenga una intervención decisoria en el proceso edificatorio, no tiene responsabilidad ya sea en el supuesto de cesión total a cambio de inmuebles concretos o en el supuesto de atribución de una cuota del edificio; GONZÁLEZ TAUSZ,<sup>365</sup> distingue entre proceso edificación y proceso de construcción, pues considera que los propietarios no adquieren responsabilidad sobre el edificio hasta que no se les entrega la documentación. En nuestra opinión, en relación a esta propuesta consideramos que es difícil limitar el proceso edificatorio del proceso de construcción, pues éste último generalmente se basa en el proceso edificatorio. Entendemos que el proceso edificatorio depende de las decisiones del promotor y en este sentido, la LOE expresamente reconoce la responsabilidad de la figura del promotor.

Un tercer grupo, entre los que se encuentra RUDA GONZÁLEZ considera que el cedente no tiene responsabilidad porque no tiene la calidad de promotor según la LOE.<sup>366</sup> Sin embargo, MARTÍNEZ ESCRIBANO,<sup>367</sup> manifiesta que el destino que se

---

*adquiere la propiedad de la mayor parte de la finca a cambio de edificar una parte que es del cedente, de forma que el interés contractual básico es el intercambio de suelo por cuota en el edificio construido.”*

<sup>364</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> Carmen. “Responsabilidad en la Construcción. Defectos Constructivos y daños a terceros.” <http://Resumenresponsabilidadconstrucción.pdf>. Entiende esta autora que: “*Salvo que el cedente tenga una intervención decisoria en el proceso edificatorio, y merezca, por ella la calificación de promotor, no responde como tal el cedente de solar por edificación futura, y ello tanto si a cambio recibió una vivienda o local, como si la contraprestación consistió en la atribución de una cuota indivisa del edificio.*”

<sup>365</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael. “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación”. RCDI. Número 661. Año 2000. pg. 2696. Este autor entiende que el cedente no es responsable al exponer: “*A lo más los propietarios y los usuarios pueden conceptuarse como agentes del proceso de edificación pero no del proceso de construcción, pues hasta la recepción de la obra y entrega de la documentación los propietarios no adquieren responsabilidad alguna sobre el edificio en construcción, sin perjuicio de que su conducta pueda ser causa de exoneración de la responsabilidad de otros agentes a tenor del art. 17.8 LOE.*”

<sup>366</sup> RUDA GONZALEZ, Albert. “Transmisión del dominio en la cesión de suelo por obra. A propósito de la STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 26 de febrero de 2001”. *Libro Homenaje de la Universidad de San Marcos-Perú*. pg. 22. “*Parece claro que el cedente que se limita a transmitir la propiedad de un solar al cesionario no puede tener la consideración de constructor, aunque es más discutible si debe tener la de otro agente de la edificación también definido por la ley, como el de promotor. Pese a la disparidad de criterios sostenidos por la doctrina y al hecho de que la Ley considera promotor también a quién promueve para sí, no parece que dicha asimilación deba producirse por regla general. La expresión para sí es muy problemática al ampliar el concepto de promotor y por tanto el número de sujetos afectados por las obligaciones legales de éste. Propiamente el cedente no promueve la obra aunque aporte un solar desde el punto de vista económico, dado que no es él quien realiza profesionalmente una actividad empresarial, elige y contrata a los técnicos y operadores o se encuentra en una situación idónea para conocer el estado de la obra, ni tampoco constituye un garante para los adquirentes de las viviendas que confían en su prestigio comercial, caracteres todos ellos que la doctrina atribuye al promotor.*”

<sup>367</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. La Ley de Ordenación de la Edificación. El régimen de responsabilidad legal. Lex Nova. Mayo 2007. 3<sup>a</sup> edición. pg. 179.

dé al edificio ya no es un condicionante de la figura del promotor, por lo que junto a los casos típicos de la edificación para la posterior venta en régimen de propiedad horizontal se incluirán los supuestos de cesión de solar a cambio de edificación futura. ÁLVAREZ MORENO <sup>368</sup> distingue varias posibilidades y considera que en la modalidad básica del contrato, es decir cambio de solar por piso, el cedente no responde porque no tiene la consideración de constructor o promotor. En los supuestos en los que considera al cedente como promotor indirecto de la obra distingue varios supuestos. Así, si la contraprestación que el cedente ha pactado es un beneficio sobre las ventas, entiende que no existe responsabilidad porque su parte se computa dentro del coste de la obra para el cesionario, que es quién vende las viviendas. En el supuesto en el que el contrato se articule como una sociedad y el solar es la aportación del cedente, quién responde es la sociedad.

En nuestra opinión, y tras la entrada en vigor de la LOE y el sistema de responsabilidad establecido en la misma, entendemos que el cedente en el supuesto de cesión total del solar, ni en la modalidad de cesión parcial tiene responsabilidad por defectos o ruina de los inmuebles edificados derivados de su cualidad de propietario del solar sobre el que se edifica, ya que en principio no puede ser considerado como agente de la edificación, ni interviene en el proceso constructivo. Tendría responsabilidad si por cualquier circunstancia, interviene en el proceso edificatorio o constructivo, bien aportando dinero, o bien adoptando decisiones en relación con la construcción. Habrá que analizar cada caso para establecer o no la responsabilidad pues será una cuestión de hecho.

### 8.3 Posición de la Jurisprudencia

La Jurisprudencia, por su parte, tampoco es unánime a este respecto, pues existen Sentencias con diversos criterios, pero con el denominador común de la imputación o no al cedente de la cualidad de promotor.<sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup> Teresa. “La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. vol. 1 parte Estudio. Editorial Aranzadi. Pamplona 1995. pgs. 17-18/ 27.

<sup>369</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), Sentencia núm. 241/2012 de 11 de abril, Recurso de Casación 564/2009, R/J (2012,5746), Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, expone en su fundamento de derecho primero, el concepto extensivo que del promotor ha hecho la jurisprudencia y que ha sido incorporado a la LOE: “ *Es evidente por tanto, que la interpretación que esta Sala ha venido haciendo del artículo en cuestión ha sido indudablemente extensiva del concepto de promotor,, incluyendo diversas figuras: promotor-constructor, promotor-*

Así, la STS de 18 de diciembre de 1990,<sup>370</sup> negó el carácter de promotor al cedente del terreno vinculado con la efectiva promotora con un contrato de cesión de solar por obra futura, en el que los cedentes únicamente se limitaron a transmitir la propiedad del solar a los promotores-constructores.

Sin embargo, la STS de 28 de enero de 1994,<sup>371</sup> en un supuesto en el que el cedente que hace una cesión de parte del solar continuando como copropietario del mismo junto con el cesionario fue demandado con carácter solidario junto con el constructor del edificio, por la comunidad de propietarios del inmueble, conforme al art. 1591 del CC. El TS, reconoce su condición de promotor junto a la empresa constructora, al entender que el cedente, como contraprestación, había pactado el 25% del edificio, sin hacer constar que esa contraprestación debía recibirse mediante la adjudicación de determinados pisos y locales. Además, el Alto Tribunal entiende que por su intervención como vendedor en calidad de copropietario de los inmuebles a terceros, lucrándose con dichas ventas, debe ser considerado promotor y por tanto responsable conforme al art. 1591 del CC. de los defectos constructivos. Esta Sentencia,

---

*vendedor y promotor-mediador, con efectos de posible atribución a todos ellos de la responsabilidad decenal, y que se resume diciendo:*

- a) que la obra se realiza en su beneficio*
- b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros.*
- c) Que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial.*
- d) Que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos.*
- e) Que adoptar criterio contrario supondría desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción.*

<sup>370</sup> STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 18 de diciembre de 1990, (RJ 1990,10286), Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez. La resolución argumenta en su fundamento de derecho segundo lo siguiente: “... simplemente se limitaron a transmitir a los que si han sido efectivamente promotores-constructores D. Miguel P. y D. José C.F. el solar en que la edificación a que se viene haciendo mención ha sido construida, generando con ello, en esencia, una específica permuta con prestación subsidiaria de obra, determinante de un contrato atípico “do ut des” subsumible por analogía dentro de los términos del art. 1538 del CC, y el que en consecuencia, no origina en los transmitentes del solar, a tal finalidad constructiva con otros, el carácter de promotor-constructor, ni por tanto alcanza las responsabilidades provenientes del aludido art. 1519 del CC.”

<sup>371</sup> STS (Sala de lo Civil) de 28 de enero de 1994, Recurso 22/1991 (RJ 1994,575), Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, que en su fundamento de derecho tercero expone: “...lo cierto, es que tal solar fue adquirido se sus anteriores propietarios por el codemandado señor V.M exclusivamente, quien lo aportó a Construcciones Moncas S.A, mediante la contraprestación del 25% del edificio construido, sin que conste que esa contraprestación habría de satisfacerse mediante la atribución en plena propiedad al señor V.M de determinados pisos y locales; por ello debe entenderse que no nos encontramos en este caso, ante un contrato atípico “do ut des” de entrega de solar a cambio de piso a edificar, sino que mediante su aportación del solar el señor V. se hizo partícipe del negocio constructivo adquiriendo en el edificio construido una participación proindiviso del 25% e interviniendo como tal propietario, y no a título meramente formal, como dice la sentencia recurrida, en la venta a terceros de los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, lucrándose con dichas ventas; de ahí que deba ser considerado como promotor incluido en el ámbito de la responsabilidad del art. 1591 del CC al igual que la constructora codemandada.”

distingue, entre la cesión de solar en sentido estricto y la participación en el negocio constructivo.<sup>372</sup>

Más recientemente, la SAP de Barcelona de 30 de Noviembre de 2006,<sup>373</sup> en un supuesto de contrato de cesión de solar por obra futura, en el que los cedentes reciben como contraprestación una cantidad en metálico y el 30% de la obra, llega a la misma conclusión, entendiendo que los cedentes son responsables de los defectos constructivos, a pesar de que reconoce que éstos, no intervienen en la actividad de la edificación inmobiliaria, y que toda la documentación oficial, como licencias, certificado final de obra, libro de finca, figura a nombre de la sociedad cesionaria, como promotora del inmueble, que contrató también a los facultativos técnicos. A pesar de ello, entiende que la empresa cesionaria ha sido la única promotora además de constructora de esta edificación, pero que desde el punto de vista económico, existe un lucro en la promoción por parte de los cedentes, así como una capacidad de decisión compartida con la promotora, que implican una cotitularidad (reparto de riesgos) del negocio de promoción inmobiliaria. Además la Sentencia, entiende que la responsabilidad del cedente lo es sobre la totalidad de la obra, en la proporción que ostente.

---

<sup>372</sup> En este mismo sentido se pronuncia también la STS (Sala de lo Civil), sentencia 557/1994 de 11 de junio de 1994, recurso 1984/1991 (RJ 1994, 4509), Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, que en el fundamento de derecho tercero expone: “a)...Como la sentencia recurrida en sus Fundamentos jurídicos tercero y cuarto considera probado que los propietarios del terreno (entre ellos aquí la recurrente), intervinieron en el “iter” constructivo en calidad de promotores-constructores, al integrar dicha conclusión probatoria una estricta “quaestio facti”...b) En las respectivas escrituras públicas de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal de los dos edificios a que se refiere este litigio, de fechas 8 de febrero y 3 de Junio de 1977, respectivamente en la que intervinieron como otorgantes D. Marcelino, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Cecilia y D. Luis Miguel, en su propio nombre y derecho, y además, en representación de la entidad mercantil “Can Vidalet S.A”, y D<sup>a</sup> Rocío y D. Braulio, los referidos otorgantes, en el exponendo II de cada una de dichas escrituras públicas manifiestan lo siguiente: “Que los comparecientes en las proporciones de que son titulares, bajo dirección de persona facultativa, sin que nada adeuden por materiales ni otros preceptos, han construido un edificio...”

<sup>373</sup> SAP de Barcelona, (Sección 16<sup>a</sup>), de 30 de noviembre de 2006, Recurso 313/2006, (RJ 10066,2006.) Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriandos, que en su fundamento de derecho segundo recoge: “Parece bastante claro que la intervención de los hermanos Inocencio (administradores de las sociedades apeladas), en lo que es la actividad típica de la edificación inmobiliaria es prácticamente inexistente; que es Relosca S.L quien ha asumido tanto la construcción material como la iniciativa de la actividad usualmente promotora. Hasta el punto de que en toda la documentación oficial (licencias, certificado final de obra, libro de finca), figura esta sociedad y sólo ella, como la promotora del inmueble y es ella también quién contrato el arquitecto y al aparejador. Pero sí desde un punto de vista de la actuación típica cabría compartir con la sentencia apelada la conclusión de que sólo Relosca ha sido promotora (además de constructora), de esta edificación no es menos cierto que desde un punto de vista económico existe en los hechos enjuiciados un lucro en la promoción y una capacidad de decisión compartida con Relosca que no la diferencian de cualquier otra cotitularidad del negocio de promoción inmobiliaria, lo cual no deberían impedir su responsabilidad ante los compradores.

Por el contrario, la SAP de Sevilla de 8 de octubre de 2008,<sup>374</sup> en un supuesto de cesión de solar, en el que el propietario del inmueble cede una parte del solar a la promotora, el cedente demanda a la promotora cesionaria, por vicios en la construcción. La cesionaria entiende que no existe responsabilidad por su parte, en tanto en cuanto la cedente es copropietaria del edificio, e incluso otorgó las respectivas escrituras de obra nueva y división horizontal. Sin embargo, la Audiencia de Sevilla, entiende que fue la entidad demandada quién hizo la edificación, la financió, contrató a los profesionales necesarios para la ejecución, la construyó y se lucró con la promoción. La parte cedente, en su calidad de demandante, niega que promoviese la obra, limitándose su actuación a adjudicarse en pago de su parte indivisa una de las viviendas que construyó la sociedad demandada, sin que existan pruebas de que intervino en el proceso constructivo.

Como colofón y en la línea seguida por esta última Sentencia, hay que destacar la STS de 15 de junio de 2010,<sup>375</sup> en la que el Alto Tribunal, acoge, el recurso interpuesto por la empresa URBAMED S.A y por la empresa posterior que la sucede, HANSA URBANA S.A, que habían sido demandadas, junto con otras como promotoras, por una comunidad de propietarios, que solicitaba la declaración de ruina de un edificio conforme al art. 1591 CC, y la correspondiente responsabilidad de los intervinientes en la construcción. Alegaban, que URBAMED S.A, (después HANSA S.A), habían continuado con la construcción, hasta la conclusión de las obras. La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, que fue confirmada por la AP de Murcia. Sin embargo, el TS estima el recurso interpuesto por los demandados, y entiende que, por falta de pruebas, la demandada URBAMED S.A, actualmente HANSA S.A, no puede ser considerada promotora de la obra. EL TS, en esta Sentencia, entiende como promotor, al que decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.

En nuestra opinión, entendemos que del análisis de la evolución de la Jurisprudencia anterior, que es una evolución cronológica y conforme a la nueva LOE normativa, puede deducirse que, en principio, el cedente, *no tiene la condición de*

---

<sup>374</sup> SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 8 de octubre de 2008, Sentencia núm. 464/2008 de 8 de octubre. Recurso de Apelación número 3738/2008, (RJ 2009,65892). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talayero.

<sup>375</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de junio de 2010. Sentencia núm. 354/2010 de 15 de junio. Recurso de Casación núm. 1995/2005. (RJ 2010,5393. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.

*promotor*, cuando su actuación se limita a transmitir el solar sobre el que se ha de edificar el edificio, y le son entregados los pisos o locales comprometidos una vez finalizada la obra, y por tanto su adquisición de la propiedad del piso es derivativa por lo que no se le puede considerar promotor.

La cuestión es que a veces, sobre todo en la modalidad de cesión parcial o de edificabilidad, el cedente interviene en el negocio, bien mediante la toma de decisiones junto al cesionario relativas a la ejecución de la obra, bien interviniendo en el otorgamiento de la documentación necesaria para la inscripción del edificio en el Registro de la Propiedad, o bien mediante la venta a terceros de esos inmuebles junto con el promotor. Consideramos, que cuando el cedente, se adjudica solamente inmuebles concretos, como pago por la transmisión del solar, y adquiriendo la propiedad por accesión, en virtud del principio de *superficie solo cedit*, no debe ser tenido como promotor, porque él adquiere la construcción efectuada por otro, el promotor. Cuando se adjudica un porcentaje sobre la obra realizada, entendemos que tampoco tiene responsabilidad, si no interviene en el negocio o en la construcción.

En todo caso, y coincidiendo con la Jurisprudencia, esta es una cuestión de hecho, y por tanto habrá que analizar cada caso, si el cedente ha intervenido de alguna manera en el proceso edificatorio o en el negocio inmobiliario por lo que no se puede dar respuesta unitaria a todos los supuestos.

Cuestión distinta, a nuestro juicio, se produce, cuando el cedente, una vez resuelto el contrato, por incumplimiento del cesionario, decide quedarse con la obra y finalizarla, indemnizando al cesionario, pues en este caso interviene como promotor e incluso como vendedor a terceros de los inmuebles.

#### **8.4 Análisis de algunos supuestos de ruina o defectos en la construcción por causa del suelo cedido.**

El contrato de cesión de solar, se caracteriza por el intercambio entre el suelo propiedad del cedente, y la entrega por parte del cesionario, que se compromete a edificarlo a su costa, de un inmueble futuro. Puede suceder, que la ruina o defectos de construcción tengan su causa, en defectos propios de la naturaleza del suelo o producidos incluso por la acción del cedente cuando era propietario. Nos estamos refiriendo, a los casos en que se producen deslizamientos de terreno, como consecuencia



de rellenos artificiales o bien a contaminaciones graves del suelo edificable por vertidos tóxicos. La cuestión es si en estos casos, el cedente como propietario del inmueble puede tener responsabilidad en los casos de ruina o defectos en los inmuebles construidos. Vamos a analizar las siguientes hipótesis: deslizamiento del terreno, rellenos artificiales, que darían lugar a supuestos de ruina física y contaminación del suelo por vertidos o realización de actividades industriales, que darían lugar a supuestos de ruina funcional.

#### **8.4.1 Deslizamiento del terreno por causas naturales.**

Esta situación se produce por la propia composición natural del terreno sobre el que se han construido los inmuebles. En muchas ocasiones, esta circunstancia va unida también a la existencia de aguas subterráneas, que afectan a la estanqueidad y cimentación de los edificios. Como consecuencia, se producen problemas de asentamiento que se manifiestan en la existencia de grietas e incluso derrumbe o colapso total o parcial del edificio.

Estos supuestos se han reducido debido a la obligatoriedad de realizar un estudio geotécnico<sup>376</sup> previo del terreno sobre el que se va edificar, mediante la realización de diversos ensayos y sondeos, que forma parte de la memoria del proyecto.

La cuestión que se plantea es si el cedente del suelo sobre el que se va a edificar, tiene responsabilidad por desperfectos o ruina, derivada de su derecho de propiedad, o esta posible responsabilidad, recae en los intervinientes en el proceso edificatorio y constructivo. En nuestra opinión, en estos casos el cedente, no es responsable de la ruina de los inmuebles, ya que como se ha expresado anteriormente dada la obligatoriedad de la realización de un estudio geotécnico como parte integrante del proyecto, esta

---

<sup>376</sup> La Ley 2/1999 de Medidas de Calidad de la edificación de la Comunidad de Madrid señala en su art. 4: *“Que el estudio geotécnico es un estudio previo a las obras de construcción de edificios de nueva planta y a las obras de reforma y rehabilitación que afecten a la cimentación o modifiquen significativamente los empujes que la estructura debe transmitir al terreno.”*

EL CTE señala que el documento “Información Geotécnica” es uno de los anejos de la memoria del proyecto básico siendo por tanto preceptivo cuando sea de aplicación el CTE. Por su parte en la vigente “EH-08” Anejo 20°. Lista de comprobación para el control del proyecto, se señala que *al hacer el control del proyecto se compruebe que el informe técnico especifique:*

- a) *Las recomendaciones pertinentes para la definición de la cimentación.*
- b) *Las propiedades resistentes, deformacionales y de estabilidad del terreno.*
- c) *El nivel freático del agua*
- d) *Las características geotécnicas del terreno susceptibles de producir o movilizar empuje.*
- e) *Las características de agresividad de los terrenos*
- f) *Las características de la agresividad de las aguas freáticas en contacto con las cimentaciones.*

responsabilidad recaerá en los técnicos que han intervenido en el proceso y en el propio promotor conforme a la responsabilidad solidaria que recoge la LOE.

La STS de 20 de mayo de 2015,<sup>377</sup> en un supuesto de reclamación por ruina de diversos inmuebles de una urbanización, los perjudicados demandaron, al arquitecto, arquitecto técnico en su calidad de directores de la obra y a la empresa Pilotes y Cimentaciones S.L, por el pilotaje de la cimentación de las viviendas, solicitando la ejecución de las obras de reparación necesarias al amparo del art. 1591 del CC. El Juzgado estimó la demanda y condenó exclusivamente a Pilotes y Cimentaciones S.L, absolviendo a la dirección facultativa. Contra esta Sentencia, interpuso recurso de apelación la parte demandante, Cooperativa de Viviendas Valle del Turia, y dos propietarios de las casas afectadas, y por la condenada Pilotes y Cimentaciones S.L. La Audiencia Provincial, estima en parte el recurso, absolviendo a Pilotes y Cimentaciones S.L y condenando como responsable al Arquitecto director de la obra. Como era previsible, el Arquitecto, interpuso recurso de casación ante el TS que confirma la responsabilidad del arquitecto superior, compartida con la demandante promotora de la edificación que ordenó rellenos de forma incontrolada y realizó actuaciones fuera del proyecto.

En nuestra opinión en estos casos, nos parece razonable que la responsabilidad recaiga sobre el arquitecto encargado de la dirección de la obra, porque el deslizamiento de los terrenos, por causas naturales y debido a la propia composición del mismo, es evitable adoptando las medidas constructivas adecuadas. Es por tanto una cuestión de *lex artis*. Solamente puede aceptarse la responsabilidad directa del promotor, cuando adopta decisiones que pueden influir en la estanqueidad o estabilidad del terreno. La misma conclusión puede deducirse en relación con el cedente del suelo que no tendrá responsabilidad frente a los adquirentes de las viviendas si no ha intervenido en la toma de decisiones relativas al proceso edificatorio, tanto si la cesión del solar es total o transmite sólo una cuota.

Otro tema diferente, es la responsabilidad del cedente dentro del propio contrato de cesión de solar frente al cesionario. En estos supuestos, entendemos que nos encontraríamos ante un posible vicio oculto del terreno. Pero incluso en esta situación

---

<sup>377</sup> STS (Sala 1ª) de 20 de mayo de 2015. Sentencia 279/2015. Recurso 487/2013. (RJ 2015,2056). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

consideramos que conforme a la profesionalidad que se le presupone al promotor, debe desplegar una mínima diligencia que le permita conocer las características del terreno con anterioridad a la formalización del contrato de cesión de solar por obra futura con el cedente. En este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 2013,<sup>378</sup> al entender que la empresa compradora del terreno, podía haber conocido estas circunstancias, por ser profesional de la promoción y contar en su plantilla laboral con numerosos técnicos de la construcción que pueden asesorarla previamente.

#### **8.4.2 Relleno con escombros o echadizo que produce el desplome de la construcción.**

En este caso se contempla un supuesto similar al anterior, de tal forma, que el cedente tendrá responsabilidad frente a los adquirentes de las inmuebles si ha intervenido en el proceso edificatorio tomando decisiones que hayan provocado la inestabilidad del terreno. La STS de 20 de mayo de 2015,<sup>379</sup> reconoce la responsabilidad compartida entre el arquitecto y la promotora porque el deslizamiento fue consecuencia de la cooperativa que ordenó rellenos de forma incontrolada y realizó actuaciones fuera de proyecto.

#### **8.4.3 Inhabitabilidad del inmueble por contaminación por residuos tóxicos en el suelo**

Esta situación se produce, cuando sobre el suelo cedido, se han desarrollado actividades industriales contaminantes, y es propio de zonas que han sufrido una recalificación de uso de suelo pasando de uso industrial a uso residencial.

Es difícil que esta situación pueda darse en la práctica, debido a los estudios previos y controles que se realizan antes de proceder a construir en este tipo de zonas. Pero manteniendo la hipótesis analizada, entendemos que el cedente, no tendría responsabilidad por la inhabitabilidad de los inmuebles construidos, salvo que haya intervenido en el proceso edificatorio. En nuestra opinión sería el cesionario promotor el que debe asumir los riesgos, y la responsabilidad frente a terceros adquirentes. Sin

---

<sup>378</sup> SAP de Barcelona (Sección 1ª) de 26 de febrero de 2013. Sentencia 98/2013. Recurso de Apelación 620/2011. (RJ 2013,165611). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Ramón Recio Córdova.

<sup>379</sup> STS (Sala 1ª) de 20 de mayo de 2015. Sentencia 279/2015. Recurso de Casación 487/2015. (RJ 2015, 2056). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

perjuicio evidentemente, de la responsabilidad que pudieran tener los técnicos intervinientes en el proceso de construcción y en la dirección del mismo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2005,<sup>380</sup> se refiere a un supuesto de venta de cosa futura, en la que se recoge la responsabilidad del promotor, por tener conocimiento de la existencia de contaminación del suelo, anteriormente dedicado a vertedero. La Sentencia, destaca la cualidad en el promotor de experto por dedicarse de forma habitual a la promoción inmobiliaria.

En este mismo sentido se pronuncia, la SAP de Barcelona de 26 de febrero de 2013,<sup>381</sup> también declara la responsabilidad del promotor basándola en su experiencia profesional y en su dedicación empresarial a la promoción inmobiliaria.

En nuestra opinión, este supuesto sólo puede plantearse en un estadio anterior al inicio de las obras, de tal forma que el conflicto que puede surgir, será una cuestión entre cedente y cesionario, dentro de su propia relación contractual, pero no con terceros adquirentes de las viviendas edificadas. No obstante, en el caso en que se produjera este supuesto, existirá responsabilidad del cesionario como promotor e incluso de los técnicos intervinientes en el proceso edificatorio, incluso cuando el cedente sólo haya transmitido la propiedad de una cuota del suelo y los vertidos hubieran sido realizados por el cedente en el ejercicio de una actividad industrial contaminante.

En resumen, consideramos en los supuestos analizados anteriormente, el cedente sólo tendrá responsabilidad frente a terceros adquirentes, si ha intervenido de

---

<sup>380</sup> SAP de Madrid (Sección 18ª), de 13 de mayo de 2005. Sentencia 260/ 2005. Recurso de Apelación 655/2004. (RJ 2005,163237). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Lorenzo Pérez San Francisco, que en su Fundamento de Derecho segundo dice: *“Por tanto al menos al año 1997, la vendedora tenía pleno conocimiento de la situación del terreno donde pretendía desarrollar la promoción inmobiliaria objeto de autos, luego no puede escudarse en esta falta de conocimiento, sino que ha de entenderse que su conducta es claramente negligente sino dolosa a título civil, al haber pretendido el desarrollo de una promoción inmobiliaria en unos terrenos que le tenían que constar en su condición de experto en la materia al dedicarse profesionalmente a la promoción inmobiliaria que era imposible el desarrollo urbanístico en el referido sector cinco debido a esa situación anterior de la zona del sector como vertedero, ello lo tuvo que haber previsto y haber hecho constar a las personas que pretendían suscribir los contratos de compraventa con Gedeco sobre viviendas a construir en el referido sector, puesto que era perfectamente lógico y previsible que no se aprobara la promoción pretendida por el Ayuntamiento ante la evidente realidad, de que el sector cinco había sido antes vertedero, y se encontraba por tanto en la condición de suelo contaminado, no puede excluir esta responsabilidad el hecho de que en el momento de la suscripción de los contratos la Administración no lo hubiera calificado como suelo contaminado, puesto que lo verdaderamente relevante e importante es que Gedeco sabía perfectamente que tenía esta condición independiente de la calificación administrativa, por ello debió haberlo previsto.”*

<sup>381</sup> SAP de Barcelona (Sección 1ª) de 26 de febrero de 2013. Sentencia 98/2013. Recurso de Apelación 620/2011. (RJ 2013,165611). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Ramón Recio Córdova.

alguna manera en el proceso constructivo que le pueda calificar como promotor o cuando además de los inmuebles contruidos que le corresponden obtiene una parte de los beneficios de la venta del resto de los inmuebles a terceros, en virtud de los pactos existentes entre las partes en el contrato de cesión de solar por obra futura.

### **CAPITULO III**

#### **ALGUNOS ASPECTOS REGISTRALES QUE INFLUYEN EN LA POSICIÓN DEL CEDENTE.**

##### **1. EL CRÉDITO HIPOTECARIO COMO MEDIO DE FINANCIACIÓN DEL CESIONARIO.**

###### **1.1 Planteamiento del problema.**

La situación jurídica del cedente, queda también debilitada porque habitualmente el cesionario del solar procederá a solicitar un crédito para la financiación de la construcción, y lo va a garantizar con el propio solar mediante la constitución de una hipoteca. Esta situación de debilidad, es consecuencia de la transmisión de la propiedad del solar al cesionario que en su calidad de propietario puede hipotecar la finca y de la cualidad de prestación futura de los pisos al cedente. A mayor abundamiento, el cesionario, también pactará con las entidades crediticias, la extensión de la hipoteca a los futuros inmuebles a construir, con el fin de que garanticen también el préstamo. El tema que se plantea, radica en como afecta esta práctica a la posición del cedente, y, si jurídicamente puede protegerse de esta situación con eficacia, sin desvirtuar la esencia de la operación financiera, o bien debe resignarse a esperar que el promotor cumpla el contrato y le entregue los inmuebles acordados libre de cargas y gravámenes.

###### **1.2 El solar como garantía del crédito hipotecario.**

La hipoteca es, según establece el art. 104 de la LH, un derecho real que sujeta bienes al cumplimiento de una obligación. Por su parte la doctrina<sup>382</sup> lo define, como derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles asegurando el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular, acreedor hipotecario, del derecho a realizar el valor de los mismos, por los procedimientos legalmente establecidos, cualquiera que sea su poseedor. Ha de otorgarse en escritura pública conforme al art. 145 de la LH, y su inscripción es de carácter constitutivo y por

---

<sup>382</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Vol. III. Editorial Tecnos. 1978. pg. 446. 1ª edición.

tanto, ha de ser otorgada por quien tenga el inmueble inscrito a su nombre y plena capacidad para disponer de sus bienes,<sup>383</sup> conforme al art. 1857-3º CC y 138 de la LH.

Es habitual que el cesionario o promotor, para realizar la construcción del inmueble futuro, recurra a la financiación externa, mediante la solicitud de préstamos. Los préstamos inmobiliarios en la mayoría de las ocasiones, son garantizados mediante la constitución de hipoteca sobre el solar e incluso sobre los inmuebles que se construyen. Esta circunstancia, provoca en numerosas ocasiones conflictos entre el cedente y cesionario e incluso también con las entidades financieras a cuyo favor se constituye la hipoteca, puesto que crea un gravamen sobre el inmueble.

Esto es así, porque dado que en el contrato de cesión de solar es habitual que se proceda a transmitir la propiedad del solar a favor del cesionario, éste puede gravar o hipotecar la finca en su calidad de propietario conforme establece el art 1857.3º y 138 de la L.H. En este contexto es donde entra en juego el principio de fe pública registral y su influencia en la posición del cedente del solar. Los problemas se plantean, pues, en los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento del promotor o en los casos de nulidad del contrato. En ellos, el cedente que recupera el inmueble como efecto de la resolución, puede verse perjudicado, por la existencia de una carga real que debe asumir.

Otras veces, el conflicto se genera cuando la constructora hipoteca los pisos que ha de entregar al cedente. En este caso, el cedente recibe los pisos gravados con la hipoteca. Conforme al principio de buena fe regulado en el art. 34 de la LH, el tercero que adquiere un derecho real conforme a las condiciones mencionadas en dicho artículo, inscribe su derecho, y es mantenido en su adquisición aunque se anule o resuelva el derecho de su transmitente.

Tal sucede en el supuesto contemplado en la STS de 6 de julio de 2009,<sup>384</sup> en el que unos particulares, transmiten un solar a la cesionaria “Construcciones en general Julio de la Fuente S.L”, que inscribe la titularidad del solar a su nombre en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, el cesionario otorga escritura de obra nueva y división horizontal hipotecando la totalidad de las viviendas incluidas las que deberían

---

<sup>383</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas. op.cit.* pg. 448.

<sup>384</sup>STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 de julio de 2009.Sentencia 541/2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela. (RJ 2009,4453).

entregarse a los cedentes. Estos, solicitan la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario otorgada por la promotora, sobre las seis viviendas que debían ser adjudicadas y entregadas libres de cargas a los cedentes.

El Juzgado desestimó la demanda. Los cedentes recurren en apelación ante la Audiencia Provincial, que desestima nuevamente el recurso, argumentando que la escritura de permuta solo produjo la transmisión del solar y la inscripción del solar a nombre de la empresa cesionaria, y que por tanto no se había producido la entrega de las viviendas futuras mediante la *traditio ficta* del art. 1462.2 CC . Entendía, además, que no se había vulnerado el art. 1857.2 CC, pues al otorgarse la escritura de obra nueva y división horizontal de la edificación resultante, los pisos se habían inscrito también a nombre de la empresa cesionaria por lo cual era propietaria de los mismos y por tanto podía hipotecar dichas viviendas. Añadía además, que el hecho de que se hubiera pactado la entrega de viviendas libres de cargas no es causa de nulidad de la escritura de hipoteca otorgada entre la cesionaria y la entidad bancaria, sino que sería un incumplimiento contractual de la obligación de entregar esas construcciones libre de cargas. La parte actora, interpuso recurso de casación ante el TS, que confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial. En este mismo sentido, se pronuncia la SAP de Alicante de 26 de abril de 2013<sup>385</sup>.

La SAP de Barcelona de 11 de abril de 2013,<sup>386</sup> por el contrario, en un supuesto de nulidad de la escritura de permuta por simulación, declara la nulidad de la escritura

---

<sup>385</sup>SAP de Alicante, Sección 6ª de 26 de abril de 2013. Sentencia 177/2013 (RJ 2013,253598). Recurso de Apelación 43/2013. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Encarnación Caturla Juan. En su Fundamento de Derecho segundo, recoge lo siguiente: “...En el caso que nos ocupa, el mero hecho de que la firma de la escritura de préstamo hipotecario para la adquisición de los solares entre la mercantil promotora y la entidad bancaria, se suscribiere el mismo día en que se escrituraron los contratos de permuta y compraventa de solares que fueron así mismo objeto de esta escritura de agrupación; o que la entidad bancaria pudiese conocer el contenido de tales escrituras, no son suficientes para entender que la entidad bancaria demandada actuase de mala fe, desde el momento en que ninguna obligación asumía para con la demandante, recayendo exclusivamente sobre la mercantil promotora la obligación, no solo de entrega de la vivienda libre de cargas, sino también de pagar el préstamo hipotecario contraído. No consta acreditada por tanto, ni actuación irregular por parte del Banco ni mala fe. Sin que el hecho de que se hubiese pactado en la permuta que la actora debía recibir la vivienda libre de cargas excluya la autorización para concertar préstamos hipotecarios que tuviese por conveniente para financiar la construcción; siendo el incumplimiento de la promotora constructora en el abono de las cuotas del préstamo lo que generó la situación actual unida al hecho de que la demandante no blindó sus derechos con una cláusula tan habitual en estos contratos de permuta, como es la reserva de dominio. Todo ello nos lleva como hemos dicho a desestimar el recurso planteado”.

<sup>386</sup> SAP de Barcelona, Sección 14ª, de 11 de abril de 2013. Sentencia 227/2013. Recurso de Apelación 194/2012. (RJ 2013,190256). Magistrado Ponente Ilma. Sr. D. Enrique Alavedra Farrando. En su Fundamento de Derecho Tercero recoge lo siguiente: “En la escritura de permuta y agrupación de fincas, ya se establece expresamente que la transmisión ulterior, una vez concluida la edificación, a los actores



de hipoteca, por entender que la entidad financiera hipotecante era conocedora de que los inmuebles hipotecados debían ser entregados libres de cargas y gravámenes a los cedentes, por así constar en la escritura de permuta, porque se había incluido en la inscripción de la permuta que la entrega debía hacerse libre de cargas y gravámenes a los actores, con lo que era público con efectos frente a terceros, y que, por tanto, afectaba a la entidad financiera el conocimiento de esta circunstancia, excluyéndose de esta manera la buena fe del art. 34 de la Ley Hipotecaria.

El supuesto de hecho consiste en que unos particulares concertaron un contrato de permuta con “Gescat actual S.L” y “Nuevo Cat Promo S.L” mediante escritura pública de cinco de julio de 2005, que fue declarado nulo por el Juez de 1ª Instancia, al entender que existía simulación absoluta, sobre la base de que no hubo ni se pretendía la transmisión del dominio de las entidades de los actores, y únicamente se realizó a los efectos de poder solicitar las empresas la oportuna licencia municipal de obras para edificar en el solar contiguo, uniéndose a la finca de los cedentes, mediante agrupación, para conformar un solo edificio. Pero los actores no han realizado cambio alguno, pues han mantenido su mismo domicilio y no han desocupado los pisos y los locales siguen arrendados después de la escritura, y sus propietarios continúan cobrando las rentas. Se declara por tanto la nulidad del contrato de permuta por simulación absoluta, mostrando en este aspecto conformidad las partes que firmaron el contrato de permuta, esto es los particulares y las empresas promotoras.

---

*de las entidades a que se refieren, que se indica que corresponden a las antiguas entidades, y que se entregarán “libres de toda clase de cargas, gravámenes”. Habiendo de indicar, que la escritura de permuta se inscribe en el Registro de la Propiedad, incluyendo en la inscripción dicha entrega libre de cargas y gravámenes de las entidades de los actores, por lo que era público con efectos frente a terceros, que afecta a UNNIM en el conocimiento de ello. Posteriormente se procede a la constitución de una hipoteca entre GESCAT ACTUAL S.L y NUEVO CAT PROMO S.L, y la actual UNNIM, en que consta expresamente por nota marginal que “quedan liberadas, por tanto, de dicha hipoteca las siguientes fincas...” por lo que UNNIM en conocimiento pleno de la operación que se realizaba se excluye en la responsabilidad hipotecaria las fincas de los actores, lo que responde a lo previsto en el contrato de permuta que como hemos indicado constaba inscrita en el Registro de la Propiedad. No obstante, la claridad de la escritura de permuta inscrita, y que la propia UNNIM al constituir la inicial hipoteca sobre la finca agrupada de la que resultarían 31 unidades, expresamente quedan liberadas de la hipoteca las entidades de los actores, cuando se era conocedor por las codemandadas que no procedía en virtud del contrato de los actores, y que por ello, ya no se hipotecaron con anterioridad, y sin constar novación del contrato de permuta”. “Y dicho conocimiento por UNNIM, que además lo materializa en la hipoteca inicial donde las excluye, conlleva que las ulteriores hipotecas sobre las tres entidades se realizó con mala fe, quedando desprotegidos del art. 34 de la LH. Sin poder pretender, que los actores se vean gravados con tres hipotecas, en garantía de créditos no destinados a los mismos, en lo que supone un perjuicio importante en que no existe causa jurídica que ampare dicha situación. Debiendo asumir la recurrente su forma de proceder, en conocimiento de la realidad existente, en obrar no amparado por la legislación hipotecaria, frente lo que se alega. Además tasaron las fincas por lo que conocían que seguían poseídas por sus propietarios primitivos.”*

La entidad financiera que formalizó las escrituras, al no ser parte del contrato de permuta, solo puede oponerse en relación a la nulidad de las hipotecas suscritas por ella. En este sentido, el Juez entiende que como consecuencia de la nulidad del contrato de permuta, son nulas todas las inscripciones registrales que derivan del mismo contrato, ordenando que se practiquen cuantas inscripciones sean necesarias para revertir la situación jurídica y registral de las fincas de los actores a la situación que tenían antes de la permuta, y declara nulas las hipotecas suscritas entre “Gescat actual S.L” y “Nuevo Cat Promo S.L” y la entidad financiera.

Ésta última presenta recurso de apelación solicitando la no procedencia de la nulidad de las hipotecas, pues alega que los particulares no tienen ningún derecho de propiedad sobre las fincas hipotecadas, pero la Audiencia Provincial entiende que la vida extrarregistral resulta preferente en la nulidad declarada firme y considera que no se puede negar la propiedad de los actores de las entidades de las que siempre han sido suyas, máxime atendiendo a que la nulidad por simulación ha sido absoluta. Además, niega a la entidad financiera la condición de tercero hipotecario protegido por el art. 34 de la LH, porque entiende la Audiencia que la prestamista conocía que los inmuebles correspondientes a los particulares debían entregarse libres de cargas, pues así figuraba en la inscripción de permuta en el Registro de la Propiedad, y que por tanto en un principio, se constituyó hipoteca sólo sobre los inmuebles que correspondían a “Gescat actual S.L” y “Nuevo Cat Promo S.L”. Posteriormente, se constituyen hipotecas sobre las fincas que debían entregarse a los cedentes, entendiendo la Audiencia nuevamente, que la prestamista conocía que no procedía la hipoteca sobre esas fincas en virtud del contrato de permuta y que por ese motivo no se habían hipotecado con anterioridad.

Por su parte, la SAP de Barcelona de 2 de enero de 2013<sup>387</sup> parece pronunciarse en sentido contrario a la anterior, pues entiende que aunque la entidad bancaria conociera las relaciones personales entre los actores y la promotora, no por ello se convierte en tercero de mala fe puesto que no existe inexactitud registral. Las limitaciones que la promotora tuviera con los particulares cedentes en el sentido de entregar las fincas libres de cargas o gravámenes no pueden afectar al tercer hipotecario cuyos negocios se han formalizado con el titular dominical inscrito en el Registro.

---

<sup>387</sup> SAP de Barcelona, Sección 14ª, de 2 de enero de 2013. Sentencia 8/2013. Recurso de Apelación 725/2011. (RJ 594,2013). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Marta Font Marquina.

La STS de 31 de marzo de 2011<sup>388</sup> también prima la exactitud registral aplicando el art. 34 de la LH y reconociendo la cualidad de tercero hipotecario a la entidad bancaria, que concede un crédito hipotecario al titular registral, aunque posteriormente el contrato que origina la transmisión a favor de ese titular, se declara nulo por simulación. En esta Sentencia, el TS aplica en toda su extensión la protección del referido artículo, pues entiende la existencia de buena fe en la actuación de la entidad bancaria.

Sin embargo la STS de 6 de noviembre de 2014<sup>389</sup>, en un supuesto de cesión de solar por obra, no reconoce la condición de tercero hipotecario de buena fe, a la entidad bancaria que hipotecó en garantía de su préstamo, los inmuebles futuros a entregar al cesionario. El Alto Tribunal declara que el banco hipotecante no es acreedor de buena fe porque conocía el derecho de crédito del cedente consistente en la entrega de los inmuebles hipotecados porque había intervenido como avalista del cesionario para garantizar el cumplimiento de su prestación de entrega de los inmuebles futuros.

Esta Sentencia nos sugiere que el cedente puede desvirtuar la buena fe de la entidad bancaria que hipoteca los inmuebles futuros a su favor, si antes de la constitución de la hipoteca le comunica de forma fehaciente bien por conducto notarial o bien mediante burofax u otro medio por el que quede constancia, y, acompañando copia de la escritura donde se otorgue el contrato de cesión su derecho de crédito sobre

---

<sup>388</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 31 de marzo de 2011. Sentencia 93/2011. (RJ 2011,4252). Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Esta sentencia recogiendo la doctrina sentada en la Sentencia del pleno de la Sala 1ª del TS de 5 de Marzo de 2007 (RJ 2007,723) que entiende: *“La doctrina sobre el art. 34 de la LH que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente.”*

<sup>389</sup> STS de 6 de noviembre de 2014. Sentencia 618/2014. Recurso de Casación 3261/2012. (RJ 2014,4426). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que en su fundamento de derecho quinto dice: *“En este caso no cabe duda de que la CAM, ahora recurrente, no era ajena al contrato celebrado y era conocedora de que el deudor hipotecario Lovipro Servicios Inmobiliarios S.L, había contraído la obligación de entregar las viviendas y plazas de garaje litigiosas “libre de cargas y de gravámenes” ya que incluso se había constituido en garante ante Atices S.L del cumplimiento correcto de dicha obligación mediante la constitución de un aval. De ahí que la aplicación del criterio de la falta de buena fe según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no supone la vulneración de dicha norma, aún más si la misma se conecta con la exigencia general de buena fe contenida en el art. 7 del Código Civil y la evitación del fraude de ley que supondría el hecho de poder facilitar al obligado el incumplimiento de una obligación precisamente quién se constituyó garante de su adecuada satisfacción ante el acreedor de la prestación consistente en la entrega de los inmuebles libres de cargas y gravámenes.”*

los inmuebles futuros. Aunque creemos que no tendrá éxito en todos los casos en que se plantee, (pues el cesionario como propietario de los pisos construidos puede hipotecarlos aún cuando se haya comprometido a entregarlos libre de cargas, y porque el cumplimiento del art. 34 de la LH es esencial en el sistema de seguridad jurídica inmobiliaria y este tipo de notificaciones le dejaría sin contenido), puede resultar interesante al cedente actuar de esta forma para proteger su derecho a la entrega de los inmuebles libre de cargas. Esta notificación previa le dará la oportunidad de litigar en los Tribunales alegando la falta de buena fe del banco en la constitución de la hipoteca sobre los pisos que le corresponden al cedente y dependerá en ese todo caso de un pronunciamiento judicial que, como en el supuesto contemplado en la Sentencia, puede resultarle favorable y merece la pena intentarlo.

Como conclusión general, en principio, el hipotecante de la finca, estará siempre protegido por el art. 34 de la LH, salvo que se acredite la falta de buena fe en su actuación, porque la hipoteca se constituirá por el titular registral, que tiene derecho a hipotecar, aún cuando tenga la obligación derivada del contrato de cesión de entregar al cedente el inmueble libre de cargas y gravámenes. Esta cuestión será una cuestión de hecho que habrán de apreciar en todo caso los Tribunales. Su Jurisprudencia a veces resulta contradictoria como se aprecia del análisis de las Sentencias anteriores. No obstante, el cedente tiene bastante disminuida su situación, pues generalmente, en caso de hipotecarse el solar o los pisos comprometidos, tendrá que soportar la carga hipotecaria salvo que logre desvirtuar la presunción de buena fe de la entidad hipotecante.

### **1.3 La extensión objetiva de la hipoteca.**

Durante la existencia de la hipoteca, el solar o finca sobre el que recae la misma, puede sufrir transformaciones naturales y artificiales, que van a afectar al valor económico de la misma y ello impone contemplar una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones, constante la hipoteca y cuyo estado final ha de precisarse al tiempo de su ejecución.<sup>390</sup>

---

<sup>390</sup> STS Sala de lo Civil de 15 de diciembre de 1997. Sentencia 1168/1997. Recurso de casación 3652/1995. (RJ 1997,8980) Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil. También se pronuncia en este sentido la STS de 27 de Junio de 2007 (RJ 2007,3866).

El cedente tiene que ser, por tanto, especialmente cuidadoso, cuando se permite al cesionario hipotecar la finca, ya que la misma puede afectar no sólo al solar, sino que también puede extenderse a otros elementos de la finca. Es lo que se conoce como “extensión objetiva o legal de la hipoteca”. Viene regulada en los arts. 1877 CC. 108.1º, 109 a 111 LH y 215 RH. En virtud de dichos artículos, la hipoteca se extiende a los elementos que en el momento de exigir el cumplimiento de la obligación garantizada integren el inmueble.<sup>391</sup>

La doctrina mayoritaria, entiende que el fundamento de la extensión objetiva de la hipoteca se debe al principio de accesión, criterio mantenido por la RDGRN de 6 de febrero de 1986.<sup>392</sup> Sin embargo, algún autor, afirma que el fundamento de dicha extensión es la inherencia real a la propiedad que aumenta.<sup>393</sup> No obstante, por pacto entre las partes, entendiendo éstas como deudor hipotecante y el acreedor hipotecario, se puede extender la hipoteca a otros elementos que por ley no la comprenden. Igualmente por pacto, pueden quedar fuera de la hipoteca elementos a los que en virtud de la ley se

---

<sup>391</sup> MARIN LOPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna. *Tratado de los Derechos de Garantía. Garantías Procesales. Hipoteca*. Tomo I. pg. 771. Editorial Aranzadi S.A. 2ª Edición 2008. Dentro de estos elementos que integran el inmueble, se encuentran según estos autores: “El suelo, las accesiones naturales, las edificaciones preexistentes, las elevaciones de edificios efectuadas con posterioridad a la constitución del gravamen, las plantaciones, las mejoras (necesarias, útiles y de recreo) realizadas en cualquier tiempo por el propietario siempre que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural o en la construcción de edificios donde antes no los hubiere. La hipoteca se extiende también a los inmuebles que no puedan separarse sin detrimento del inmueble, los derechos inseparables de la finca (por ejemplo las servidumbres prediales o la cuota sobre los elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal) y el exceso de cabida. Aunque se inscriba en folio independiente, la hipoteca se extiende también al aprovechamiento urbanístico de la finca hipotecada y el acreedor hipotecario deberá consentir su transmisión.”

<sup>392</sup> RDGRN de 6 de febrero de 1986. BOE 20.02.1986

<sup>393</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. “Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada según nuestra jurisprudencia” *Revista Civil Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2012. Parte estudio. pg. 5. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2012. BIB 2012/1262. Dice este autor: “El error de fundar la regla de la extensión de la hipoteca en la accesión misma y aisladamente considerada es radical, elemental. Que la accesión no pueda, al menos directamente, justificar la ampliación o extensión de la hipoteca se debe sencillamente a que la accesión no es modo de crearla o de adquirir originariamente ninguna hipoteca. La accesión es modo adquisitivo originario exclusivo de la propiedad, como sin duda puede deducirse de los arts. 350, 353, 358 y 375 CC (aunque no sea mencionada en el art. 609 CC. cuya razón fundamental era convalidar la continuidad en la exigencia de título y modo en la adquisición derivativa de los derechos reales). Si la propiedad aumenta por accesión y con ella también los derechos y cargas reales preexistentes sobre ella, como sucede, no sólo con la hipoteca, sino también con el usufructo (art. 479 CC), o con el censo enfitéutico (art. 1632 CC), no es porque éstos se extiendan por accesión (a lo más, ésta sería su causa final o remota), sino porque tales derechos y cargas son inseparables del dominio sobre el que recaen, porque a través de él se adhieren a la cosa, objeto inmediato de la propiedad, que es la que se incrementa por accesión a lo más, ésta sería su causa final o remota), sino porque tales derechos y cargas son inseparables del dominio sobre el que recaen, porque a través de él se adhiere a la cosa, objeto inmediato de la propiedad, que es la que se incrementa por accesión. Es su inherencia real, pues, como rasgo esencial de la hipoteca (art. 1876 CC y 104 LH) y de los demás derechos y cargas reales, la causa (al menos la más directa e inmediata) de su extensión.”

extendería la hipoteca. En este sentido se pronuncia la STS de 19 de junio de 2008.<sup>394</sup> No sucede sin embargo lo mismo entre acreedor hipotecario y tercer poseedor de la finca hipotecada,<sup>395</sup> al que le son aplicables los arts. 112 y 113 de la LH. El momento relevante para determinar si los bienes están o no afectos a la norma de extensión es aquel en que se exija el cumplimiento de la obligación garantizada.<sup>396</sup> En principio pueden distinguirse varios supuestos, que vamos a analizar a continuación.

### **1.3.1.Agrupación de dos o más fincas independientes para edificar**

Este supuesto se produce con harta frecuencia, pues con objeto de acometer construcciones de mayor tamaño, más rentabilidad y menos costes de ejecución, las promotoras, suelen concertar con los propietarios de fincas colindantes o cercanas, contratos de cesión de solar por obra futura, en virtud de los cuales, obtienen la propiedad de todos ellos. Con objeto de realizar las gestiones necesarias para la edificación, suelen proceder a la agrupación de las fincas, con el fin de formar una única finca registral. Dentro de este supuesto y en relación con la hipoteca pueden darse a su vez varios supuestos.

#### **1.3.1.1 Agrupación de dos fincas independientes libre de cargas.**

En este caso, se realiza primero la agrupación de fincas, que origina otra finca nueva, con nuevos linderos, nueva superficie y nueva inscripción registral, a continuación se procede a hipotecar la finca resultante de la agrupación, por lo cual la finca resultante es la que responde de la hipoteca. En el supuesto de que posteriormente, no se edifique y se resuelva el contrato, con la restitución de las fincas a cada propietario inicial, se procederá a la desagrupación de las fincas y cada una de ellas continuará gravada con la hipoteca.

---

<sup>394</sup> STS de 19 de Junio de 2008 (RJ 2008, 3225), que entiende que “...la jurisprudencia y doctrina están de acuerdo en que las normas en cuestión son dispositivas y por tanto las partes pueden regular la extensión de la hipoteca de acuerdo a su conveniencia.” Indicando además “que la propia expresión del precepto sugiere que la norma opera a falta de concreción por vía convencional o por determinación legal. También se deduce la posibilidad de un pacto modificativo del régimen previsto en el art. 110 LH de las siguientes sentencias: STS de 20 de Marzo de 1992 (RJ 1992,2214) y las RDGRN de 6 de Febrero de 1986 BOE 20.2.1986.”

<sup>395</sup> En este sentido se pronuncian las RDGRN de 23 de Octubre de 1987. (BOE 28.11.1987) y 26 de Octubre de 1987 (BOE 21.11.1987)

<sup>396</sup> MARIN LOPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; *op.cit.* pg. 772. También se pronuncia en este sentido, la STS de 21 de Diciembre de 1990. (RJ 1990,10359).

### **1.3.1.2 Agrupación de una finca libre de cargas a otra finca con hipoteca.**

En este supuesto, conforme al art. 110.1º la hipoteca continúa gravando la finca originariamente hipotecada, sin que la misma se extienda a las demás fincas. La agrupación no afecta al derecho del acreedor hipotecario, por lo que si se procede a la ejecución y se enajena el inmueble, se producirá una desagrupación de las fincas.<sup>397</sup> En ese caso, el cedente propietario inicial de la finca no hipotecada, en caso de producirse la resolución contractual, recuperaría la finca libre de cargas tal y como la entregó. No obstante, este supuesto no es el habitual, pues en estos casos, se suele cancelar la hipoteca existente sobre la finca, se procede a la agrupación y se hipoteca la finca resultante.

### **1.3.2 Solar con construcciones preexistentes.**

El propietario de la finca puede ceder el solar con una construcción realizada sobre el mismo, en este caso, la hipoteca se extiende también a la edificación que existía sobre el solar, aunque la misma no se encontrara registrada. Para la extensión de la hipoteca no es necesario el pacto entre las partes.<sup>398</sup> Esto es así en virtud de lo establecido en el art. 110 de la LH. En este supuesto, la posición del cedente sale perjudicada ya que además del solar, se hipoteca también, en principio, la edificación existente sobre ella. Por lo cual en caso de incumplimiento de pago de la hipoteca, el hipotecante, generalmente una entidad bancaria, ejecutaría todo el inmueble a la cesionaria.

### **1.3.3. Solar sobre el que se realiza la edificación de nuevas plantas.**

Este supuesto se puede plantear cuando el cedente cede una edificación para construir nuevas plantas sobre la edificación existente, a cambio de que se le entregue alguna de las futuras viviendas que se van a construir. Si el cesionario hipoteca la finca edificada, cedida en este caso, y si sobre la finca hipotecada no se constituyó previamente un derecho de vuelo o superficie, la hipoteca se extiende sin pacto a las sobreelevaciones existentes, con lo cual se ven hipotecadas las viviendas que han de entregarse al cedente. Pero si sobre el edificio existe un derecho de vuelo o de superficie

---

<sup>397</sup> ROCA SASTRE, Ramón Mª; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luís; BÈRNA Y XIRGO, Joan. *op.cit.* pg. 277.

<sup>398</sup> MARIN LOPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; *op.cit.* pg. 772.

constituido a favor del cedente, el principio de prioridad registral determina que la hipoteca constituida con posterioridad no se extienda a las plantas sobreedificadas.<sup>399</sup>

La SAP de La Coruña de 2 de mayo de 2013,<sup>400</sup> contempla el supuesto de extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas elevaciones sobre un edificio que ya existía. Así, el Banco de Santander impugnó el inventario realizado por la administración concursal y el concursado, mediante procedimiento que se sustanció ante el Juzgado Mercantil número 1 de A Coruña. En el inventario de la masa activa, la administración concursal figuraba, por un lado, como bien inscrito un edificio compuesto de planta baja y cuatro pisos, con hipoteca a favor del banco demandante por el préstamo concedido en su día al deudor concursado, y, por otro, como obra nueva el edificio sótano y plantas 5ª y 6ª y bajo cubierta de la mismas calle y número, libre de cargas. El banco presentó demanda de impugnación del inventario pretendiendo su modificación por cuanto esa obra nueva se hallaría también gravada con la misma hipoteca que recae sobre el inmueble anterior, a favor del banco, al extenderse la hipoteca a esas otras plantas en virtud de lo establecido en los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria. La administración concursal y el concursado se opusieron a la demanda. El juzgado, desestimó la demanda, porque entendió que la construcción no existiría previamente a la hipoteca, y no se trataría del mismo inmueble, y el art. 110 excluiría extender la hipoteca a las edificaciones posteriores. El banco recurrió en apelación y la AP de A Coruña, estimó dicho recurso, argumentando, en virtud del art. 109 y 110 de la LH, que en todo caso y por muy singular que fuera el edificio construido, no pueden considerar que se trate de dos edificios, sino de uno construido o levantado en dos épocas distintas, sobre un mismo solar, de manera que cuando se constituyó la hipoteca ya existía el mismo, el cual fue a continuación elevado o ampliado. No se trata de un solar sin construir ni un caso de nuevo edificio en otra zona de la parcela. Todo ello, con independencia de la solución técnica-arquitectónica para sustentar las cargas y hacer viable tal elevación o ampliación edificatoria. Que no se

---

<sup>399</sup> MARIN LOPEZ, Manuel Jesús, CARRASCO PERERA Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; *op. cit.* pg. 787. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Entiende que en este supuesto, “no puede ser afectado por un pacto de extensión de la finca, no sólo por el principio prior in tempore potior in iure, sino porque existe un derecho real previamente concedido a favor de un tercero, y la hipoteca de la finca no habrá podido cubrir aquel derecho, porque no habrá sido un derecho de plena propiedad (sino de la nuda propiedad o del dominio sin el ius aedificandi...). Pretender convencionalmente lo contrario sería admitir una hipoteca de cosa en parte aún ajena”

<sup>400</sup> SAP de A Coruña (Sección 4ª). Sentencia núm. 170/2013. Recurso de apelación 143/2013. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas. (RJ 2013,1450).



hubieran utilizado las mismas zapatas y pilares, o, se sustente en muros laterales izquierdo y derecho sobre los que se apoyan las vigas y forjados, o que la estética de la fachada principal entre la parte antigua y la moderna pueda diferenciarse, no altera la conclusión dicha sobre la preexistencia del edificio hipotecado y su modificación, así como la consideración de tratarse del mismo edificio, hasta la cubierta, con un solo portal, ascensor, escaleras y cubierta.

En este supuesto, se contempla también pues la rehabilitación de edificios. Tampoco se considera nueva construcción, la reconstrucción del edificio por siniestro aunque sea total, a la que la hipoteca se extiende sin pacto.<sup>401</sup>

#### **1.3.4. Edificación sobre un solar.**

Este supuesto, suele ser el más habitual, pues generalmente el cesionario promotor solicitará un crédito hipotecario para asumir los gastos de la construcción.

En primer lugar, hipotecará el solar para obtener los primeros recursos financieros. En este caso, la situación es clara, en principio, no existe extensión legal de la hipoteca en virtud de lo establecido en el art. 110 de la LH, que expresamente determina que la hipoteca no se extiende a los edificios que se construyan donde antes no los había.

La doctrina entiende que en estos casos, la razón de la excepción a la extensión de la hipoteca es debido a los principios de especialidad y publicidad.<sup>402</sup> En este sentido entienden que la hipoteca, se encuentra más sujeta que cualquier otro derecho a los principios registrales. No obstante lo anterior, mediante pacto, puede extenderse la

---

<sup>401</sup> MARIN LOPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna. *op.cit.* pg. 771.

<sup>402</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo; *op. cit.* pg. 7. Entiende el autor: “Si pensamos en las salvedades del art. 110.1º LH in fine, aún expandiéndose automáticamente, por accesión, la propiedad a las agregaciones de terrenos y a las nuevas construcciones, la hipoteca, más sujeta que cualquier otra carga real a aquellos principios hipotecarios (de especialidad y publicidad), no puede expandirse también con la propiedad sobre la que recae mientras registralmente no se exprese tal incremento de la propiedad (mediante las oportunas inscripciones de agregación o en su caso de agrupación de fincas, conforme a los arts. 45 a 50 RH y de la oportuna declaración de obra nueva, conforme a los arts. 208 de la LH y 308 RH), lo que por cierto, no podrá hacerse si no es por voluntad del propio dueño. Esto es así, porque en las agregaciones de terreno y las nuevas edificaciones construidas-que se excluyen de la expansión objetiva hipotecaria-son, de suyo y por sí solas, bienes inmuebles, fincas independientes que pueden ser objeto de propiedad o derecho real independiente, de folio real propio y de hipoteca separada y diversa de la propiedad (o del derecho real), del folio registral y de la hipoteca que existan referidos al suelo. Aptitud de formar por sí sola finca, material y registral de la que, en cambio, carecen plantaciones y las otras mejoras diversas de las edificaciones y de las agregaciones, a las que por ello si se extiende automáticamente la hipoteca, ex art. 110.1º LH”.

hipoteca al inmueble que se ha construido.<sup>403</sup> La extensión de la hipoteca puede realizarse aunque la edificación no figure inscrita en el Registro la obra nueva, sin la que no es posible hacer la división horizontal e inscribir los pisos y locales en folio independiente.

En estos casos, según la doctrina<sup>404</sup> pueden darse dos posibilidades: La primera, si la escritura de hipoteca no contiene declaración de obra nueva, existirá una hipoteca unitaria sobre toda la finca registral, es decir sobre el solar y la edificación, sin posibilidad de distribuir la responsabilidad entre los pisos y locales independientes. La segunda, se da cuando se pacta que la hipoteca se extiende al edificio y hay declaración de obra nueva, en este supuesto, se puede inscribir la división horizontal y la hipoteca puede dividirse entre los pisos y locales independientes. Aunque, ello no obsta para que en este caso también se pueda inscribir una hipoteca unitaria sobre el mismo conforme al art. 218 de la LH. La constitución de una hipoteca unitaria, entraña grave riesgo para el cedente que va a recibir el piso y en general para todos los copropietarios pues el incumplimiento de cualquiera de ellos provoca la extensión de la ejecución a todos los pisos y locales.

### **1.3.5. Hipoteca de los pisos futuros.**

Es habitual que el promotor, distribuya la hipoteca entre los diversos inmuebles que conforman el edificio. Para ello, ha de hacer la división de obra nueva y la división horizontal, pues de otro modo, se hipotecaría el edificio de forma unitaria como en el supuesto anterior. El derecho de hipoteca, sólo puede ser constituido sobre bienes que se encuentren inscritos pues de esta manera se cumple el requisito de la oponibilidad *erga omnes*.

Sin embargo, la Ley permite la constitución de hipotecas sobre los pisos privativos que existirán de una edificación proyectada, que será sometida al régimen de propiedad horizontal. El art. 8, 4º y 5º de la LH, permite la inscripción de pisos y locales

---

<sup>403</sup> ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis; BERNÀ I SIRGO, Joan. *Derecho Hipotecario*. Tomo IX. Editorial Bosch. 9ª Edición. pg. 14. Estos autores consideran: “La Ley no prevé la posibilidad del pacto expreso de la extensión de la hipoteca que se constituye. No obstante, la doctrina científica, casi unánimemente, estima positivamente la procedencia de dicho pacto.” “Este pacto al menos por lo que se refiere a la nueva construcción de edificios, es frecuente convenirlo, siendo una cláusula de estilo en los títulos constitutivos del derecho real de hipoteca.” En este mismo sentido, se pronuncian MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna. *op. cit.* pg. 778

<sup>404</sup>MARIN LOPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna. *op.cit.* pg. 760.

de edificios cuya construcción esté comenzada. El art. 107.11 de la LH, permite la inscripción de hipoteca sobre pisos y locales en construcción. Por ello, la doctrina entiende que no sólo es válido el contrato de hipoteca, sino que puede inscribirse antes de la existencia registral del inmueble.<sup>405</sup>

La prehorizontalidad recogida en el art. 8.4º de la LH, permite la inscripción del edificio y de los pisos y locales independientes, cuando la obra está meramente proyectada, inscribiéndose la hipoteca sobre los diferentes pisos y locales en el folio de la finca. Pero la doctrina, entiende que esta no es la mejor solución, en tanto en cuanto, la existencia de proyecto de edificación es, precisamente lo que permite declarar la obra nueva y dividir horizontalmente, y, por tanto, puede inscribirse la hipoteca sobre el folio correspondiente a cada finca.<sup>406</sup>

También, es válido incluir en la hipoteca del solar futuras agregaciones o edificaciones, aunque tal pacto no implicaría automáticamente la hipoteca de tales bienes, que aún no existen, pues el principio de especialidad impide la hipoteca recayente sobre bienes futuros. En estos casos, este pacto valdría como promesa de hipoteca conforme al art. 1862 CC, de modo que una vez producida la agregación del terreno o construido el edificio, la hipoteca no se extendería automáticamente a tales inmuebles, para hipotecarlos habría que dar constancia registral de tal accesión mediante las oportunas obras de agregación o agrupación de fincas y a través de la declaración de obra nueva para después inscribir sobre ella la correspondiente escritura de hipoteca.<sup>407</sup>

El promotor, distribuye el crédito entre los diversos pisos y locales independientes que constituyen el edificio. Es lo que se denomina distribución de la

---

<sup>405</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO; Encarna. *op.cit.* pg. 743. No obstante, estos autores aclaran: “A pesar de todo ello, es claro que aunque el derecho de hipoteca está inscrito no puede existir un derecho de hipoteca ni ningún otro sobre algo inexistente.”

<sup>406</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO; Encarna. *op.cit.* pg. 753. A este respecto estos autores consideran: “Si bien es cierto que el art. 107.11 LH no exige para hipotecar pisos y locales en régimen de propiedad horizontal éstos consten inscritos como fincas independientes (pues el precepto sólo exige la constancia registral del edificio horizontalmente dividido), no debe admitirse que la hipoteca sobre los pisos y locales se inscriba en el folio abierto al edificio, pues estaríamos admitiendo la inscripción de hipoteca sobre partes divisas (futuras) de una finca en contra de la claridad exigida en los aspectos registrales, y como se ha indicado, no hay ninguna razón de tipo práctico que justifique este sacrificio.”

<sup>407</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. “Extensión de la hipoteca a alas accesiones y mejoras de la finca hipotecada según nuestra jurisprudencia” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2012. Parte Estudio. pg. 14 Editorial Aranzadi. Pamplona 2012. BIB 2012/1262.

responsabilidad hipotecaria.<sup>408</sup> Es decir, cada piso o local responderá cada uno de ellos de una parte del crédito hipotecario.<sup>409</sup> Esto, va a permitir, que en el contrato de cesión de solar por obra futura, el cesionario pueda dejar sin hipotecar los pisos comprometidos con el cedente, ya que el pacto habitual entre ellos en este sentido, será que los inmuebles han de ser entregados libres de cargas y gravámenes. Pero sucede, que aunque las partes hayan pactado la entrega así, el cesionario puede hipotecar igualmente los pisos comprometidos con el cedente, siendo válida la hipoteca, pues nos encontraríamos solamente en este supuesto ante un incumplimiento contractual.

Este es el caso que contempla la SAP de Barcelona de dos de enero de 2013.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; *op.cit.* pg. 763 a 766. “El art. 119 de la LH y el art. 123 de ese mismo texto legal, utilizan el término distribución, pero regulan realidades distintas. El art. 119 sólo exige que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determine la parte del gravamen de que cada una responda, mediante la distribución formalizada en cualquiera de los modos establecidos en el art. 216 RH. Pero la distribución determinación no es una división del crédito, pues inter partes se puede repetir por la cantidad no cubierta (art. 120 RH), de modo que no se trata de una distribución-división de crédito que impidiera al acreedor repetir contra las demás fincas y posibilitará la cancelación parcial superficiaria a la que se refiere el art. 124 LH, todo ello sin perjuicio del derecho de terceros que salvaguarda el art. 121 LH. Si el crédito garantizado está dividido en varias fincas, salvo que haya perjuicio para tercero, el acreedor puede instar la ejecución de cualquiera de las fincas o de todas a la vez, sin atenerse a la parte de crédito asignada, pues la distribución del crédito solo se hizo en beneficio de tercero. Lógicamente, y como hemos indicado en el epígrafe anterior, esto significa que a diferencia de lo que sucede en los casos de división de crédito conforme al art. 123 LH, la hipoteca no se extingue con respecto a cada finca una vez satisfecha la parte de la deuda de que la misma respondía especialmente, salvo que ello ocurra precisamente tras la ejecución de la finca gravada y haya terceros (titulares de un derecho inscrito) interesados en la misma, pues en tal caso se ha agotado el gravamen oponible a terceros, de modo que si hay un tercer poseedor procede la cancelación”. En este mismo sentido se pronuncian también ROCA SASTRE, Ramón María; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis; BERNÀ I XIRGO, Joan. *op. cit.* pg. 269. “Con la distribución de la suma de responsabilidad entre las varias fincas gravadas, la actuación ejecutiva del acreedor queda afectada en el sentido de sólo poder perseguir cada una de las fincas por le importe de la parte de dicha responsabilidad respectivamente asignada a cada una de ellas, si bien esta concreción ejecutiva sólo funciona en salvaguarda de un tercer adquirente de la finca o de un derecho real sobre ella, o sea en la medida de que sea preciso para no perjudicarles. El acreedor puede, pues perseguir ejecutivamente cada finca por la cantidad respectivamente asignada. Por la distribución su ius distrahendi queda localizado a cada finca en cuando a la responsabilidad señalada, sin que pueda repetir indistintamente respecto de las demás. No obstante cuando no haya terceros adquirentes posteriores, el acreedor tiene derecho a perseguir ejecutivamente todas y cada una de las fincas indistintamente por la cantidad global del crédito.”

<sup>409</sup> ROCA SASTRE, Ramón María; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luís; BERNÀ Y XIRGO, Joan. *op.cit.* pg. 246. “En este supuesto de que la hipoteca hubiese de afectar a dos o más fincas o derechos reales sobre éstas, o cuotas indivisas de unas u otros, nuestra LH ya desde el año 1861, exige como requisito necesario la previa distribución de la responsabilidad real hipotecaria entre las varias fincas, derechos o cuotas a hipotecar...Exige pues nuestra legislación hipotecaria que en este caso sea cumplido el sistema de responsabilidad hipotecaria distribuida entre los varios elementos hipotecados, a base de responder cada uno de ellos de una parte del crédito hipotecario, con sus accesorios. Con ello queda rechazado el sistema opuesto de la responsabilidad hipotecaria no distribuida, en el que cada elemento hipotecario responde por la totalidad del crédito hipotecario, originándose la llamada hipoteca solidaria, denominada también a veces, en el antiguo Derecho hipotecario alemán, hipoteca correal”.

<sup>410</sup> SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 2 de enero de 2013. Sentencia 8/2013. Recurso de Apelación 725/2011. (R/J 2013,594). Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª Marta Font Marquina.

En este supuesto, la promotora Lesar-7 suscribe una hipoteca con una entidad financiera, la Caixa d'Estalvis de Tarragona, sobre un solar y posteriormente se distribuye la misma sobre los pisos y locales construidos en el mismo. Con anterioridad, la promotora, había concertado con un particular, un contrato de cesión de solar por obra futura del inmueble sobre el que después se construyó el edificio. En dicho contrato, la cesionaria promotora Lesar-4 se comprometió a entregar a cambio determinados pisos y plazas de aparcamiento, libre de cargas y gravámenes. En concreto, con fecha 13 de Junio de 2005, la promotora suscribió con los particulares contrato de permuta, por los cuales éstos permutaban las fincas de su propiedad a cambio de una vivienda de edificación futura. Estos contratos no contenían estipulación que de conformidad al art. 1462.2 del CC permitiera concluir que se había producido la transmisión de estas viviendas a los cedentes. En fecha 26 de Enero de 2006, se otorga escritura de compraventa entre los actores y Lesar-4, por la cual los particulares venden a la demandada sus respectivas fincas, (las indicadas en el contrato de permuta), para la edificación futura. En la misma fecha, se formaliza ante Notario por la propia promotora Lesar-7, la agregación de las distintas fincas donde se iba a edificar el futuro complejo de viviendas y parkings. También en la misma fecha se formaliza en escritura pública el préstamo hipotecario sobre la total finca y futura edificación.

En fecha 9 de noviembre de 2007, la codemandada-promotora lleva a cabo la declaración de obra nueva y división horizontal de las edificaciones ya terminadas, 40 unidades. En dicha escritura no se menciona que las fincas NUM0014, NUM003, NUM004, y sus respectivos aparcamientos o garajes son propiedad de los actores. En esa misma fecha de 9 de noviembre de 2007 se procede a distribuir la hipoteca entre las distintas fincas que constituyen el complejo según la certificación emitida por Caixa Tarragona, coincidente con las fincas inscritas en la declaración de obra nueva. Los cedentes, demandaron a la promotora y a la entidad financiera prestamista, con el fin de que se declarara la nulidad de la escritura de hipotecas constituidas sobre las fincas que les correspondían en virtud del contrato de cesión.

El juzgado de 1ª Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de las hipotecas. La entidad financiera recurrió en apelación, fundamentando la misma, en que conforme a la naturaleza del contrato de permuta formalizado entre la promotora de los inmuebles y los actores, estos últimos no adquieren la titularidad dominical sobre las fincas objeto de la permuta, por lo cual el promotor es el titular de la edificación futura y, en consecuencia, tal y como se produjo, podía en su calidad de titular registral del solar y la futura edificación podía hipotecar la total finca y la posterior distribución de responsabilidades una vez terminada la edificación por unidades.

La AP de Barcelona, estima el recurso, expresando que asiste razón a la entidad demandada al sostener que los presentes contratos de permuta (de los que es ajena), no otorga título dominical a favor de los cedentes de las futuras fincas; así pues, los contratos de permuta son claramente obligacionales, es decir, el cesionario se obliga a dar o hacer la entrega una vez edificadas las fincas, lo cual faculta al cedente a instar

contra el promotor las acciones personales que a su interés convengan en caso de incumplimiento.

En nuestra opinión, en este supuesto, la cesionaria promotora incumplió el pacto de entregar las viviendas libres de cargas y gravámenes, si bien podía haberlo cumplido sin dificultad, solamente evitando distribuir el crédito hipotecario sobre las viviendas que debía entregar a los cedentes. A su vez, los cedentes podían haber pactado que se otorgara la escritura de obra nueva y división horizontal, una vez obtenido el proyecto, creándose una situación de prehorizontalidad conforme al art. 8.4 de la LH, que da lugar a una verdadera transmisión, formalizando la permuta en escritura pública conforme al art. 1462.2 del CC, y que en la escritura del piso o local futuro al cedente no ha de figurar pacto excluyente del efecto traslativo, con lo cual, en este supuesto, el promotor, no hubiera podido hipotecar ya las fincas de los cedentes, porque no sería su titular registral.

## **2. LA CLAÚSULA RESOLUTORIA EXPRESA COMO GARANTÍA DEL CEDENTE.**

La condición resolutoria expresa viene regulada en el art. 1123 del C.C, e implica la posibilidad de resolución del contrato, cuando se produce el hecho establecido en la misma. En este sentido, la condición resolutoria tiene su cobertura legal en el art. 1114 del CC en virtud del cual las partes introducen un acontecimiento cuyo no nacimiento genera la resolución del contrato, al constituirlo en una condición de la que depende la extinción de los pactos celebrados. El establecimiento de la condición resolutoria expresa no se presume sino que ha de ser claramente establecida por las partes, pues según establece reiterada Jurisprudencia,<sup>411</sup> la obligación

---

<sup>411</sup> STS, Sala 1ª de 5 de diciembre de 2003. Sentencia 1168/2003. Recurso 300/1998. (RJ 2003,7788). Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz que textualmente dice: *“Las condiciones resolutorias no se presumen y han de ser expresamente pactadas, al tratarse de una excepción a la eficacia y desarrollo normal de los contratos, al actuar la condición como circunstancia impeditiva de la exigibilidad y a su vez como demora en la eficacia y vigencia de la reglamentación contractual pactada.”* *“Tal posibilidad, requiere por tanto, la acreditación cumplida y terminante de la subordinación de los efectos del contrato a la circunstancia que la constituye, de modo que, aunque no resulta imprescindible el empleo expreso del vocablo condición si es exigible que de los términos del contrato se infiera, de manera clara e inequívoca, la voluntad de los contratantes de someter la validez y eficacia del negocio a un concreto acontecimiento futuro e incierto.”*

En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Vigo Sección 6ª de 18 de febrero de 2014. Sentencia 104/2014. Recurso de apelación 794/2012. (RJ 2014,328). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jaime Cabrera Ibarzábal.

condicional es la excepción y solamente puede deducirse cuando claramente el ánimo de los contratantes fue hacer depender los efectos del contrato de un acontecimiento futuro e incierto. Ello no significa que haya que utilizar el vocablo condición al expresarla pero sí que por los tribunales pueda inferirse la intención de las partes de dotar de fuerza resolutoria el acontecimiento de un hecho futuro.

En el contrato de cesión de solar por obra futura, es frecuente, que las partes pacten cláusulas resolutorias, que permiten la resolución del contrato sin necesidad de acreditar la gravedad del incumplimiento. Es más, nuestro Alto Tribunal entiende que conforme al principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1255 CC, los contratantes pueden tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 CC, tengan o no trascendencia resolutoria.<sup>412</sup> En contraste con la resolución contractual amparada en el art. 1124 CC, considera incumplimiento resolutorio los incumplimientos considerados esenciales, pero no los incumplimientos de obligaciones consideradas accesorias.<sup>413</sup> No obstante, a pesar de la vigencia del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC, el contenido de la cláusula resolutoria expresa se encuentra limitada además de por normas de carácter imperativo, por el principio de buena fe en la ejecución del contrato que establece el art. 1258. En este sentido, ÁVILA NAVARRO <sup>414</sup>considera que los tribunales han atemperado la

---

<sup>412</sup> STS Sala 1ª de 30 de abril de 2010. Sentencia 239/2010. Recurso de Casación 677/2010. (RJ 2010,4360 ) Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. También se pronuncia en este sentido la STS Sala 1ª de 15 de noviembre de 2012. Sentencia 673/2012. Recurso de Casación 765/2010 (RJ 2013,19). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, que en su fundamento segundo dice: *“Del tenor de dicha cláusula se aprecia que el plazo de ejecución de las obras lejos de constituirse en una obligación accesoria constituyó una obligación esencial del contrato, al configurarlo las partes como condición resolutoria expresa (art. 1281 CC), término que se incluye con mayúsculas dentro de la cláusula, para no dejar lugar a dudas y diseñando las consecuencias del incumplimiento a través de la cláusula penal.”*

<sup>413</sup> FAUS, Manuel. “Condición resolutoria de la venta ” *Breviario Civil I. Contratos* .<http://vlex.com/vid/238024>. (Consultado el 05-02-2012) En este sentido también se pronuncia la STS Sala 1ª de 1 de octubre de 2012. Sentencia 568/2012. Recurso 24/2010 (RJ 2012,6030). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas que establece: *“Es doctrina reiterada por esta Sala que el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias no es causa suficiente para generar la resolución y por ende, para impedir la acción de cumplimiento, sólo hay verdadero incumplimiento cuando se refiere a la esencia de lo pactado y no a prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su entidad el fin económico del contrato. Debemos añadir que el incumplimiento de la obligación accesoria no impide el ejercicio de la acción de cumplimiento, pero tampoco imposibilita al comprador al ejercicio de la acción tendente a la reparación de los perjuicios que le hubiere producido la inobservancia de la obligación accesoria por la vendedora.”*

<sup>414</sup> AVILA NAVARRO, Pedro. “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria” *RCDI*. núm. 625. noviembre-diciembre 1994.

automaticidad de la condición resolutoria basándose en el principio de conservación del contrato.

En el contrato de cesión de solar por obra, la condición resolutoria tiene una importancia añadida, como es la de garantizar y reforzar, mediante su introducción en los contratos, la posición del cedente, en una doble vertiente, pues, por un lado, solo debe darse el hecho condicionante para que opere la resolución, *ipso iure*, y, por otro, su acceso al Registro de la Propiedad mediante su inscripción, produce una eficacia frente a terceros. El pacto explícito permite, pues, llevar al Registro de la Propiedad una causa de resolución que advierta del peligro al tercer adquirente y lo vincule con los efectos de la resolución en el mismo sentido en que vinculan a cualquier tercero los derechos reales.<sup>415</sup> A ello se refiere la Jurisprudencia del TS, que en numerosas sentencias alude a la condición resolutoria como medio de protección de la posición del cedente y como vía para el acceso del contrato al Registro de la Propiedad, para dotarle de trascendencia real.<sup>416</sup>

### **3.-INSCRIPCION DE LA CLAUSULA RESOLUTORIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.**

El contrato de cesión de solar, configurado como relación obligacional, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, en lo que respecta a la titularidad de los pisos futuros a favor del cedente, sin embargo el cesionario inscribe su titularidad sobre el inmueble, de tal forma que éste se incorpora plenamente a su patrimonio, con las consecuencias establecidas en el art. 1911 del C.C. Por ello, una de las posibilidades que tiene el cedente para proteger su situación, en caso de incumplimiento por el cesionario de lo pactado en el contrato o incluso si deviene en situación de insolvencia,

---

<sup>415</sup> AVILA NAVARRO, Pedro. “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria”. *RCDI*. núm. 625. noviembre-diciembre 1994. pg. 2587.

<sup>416</sup> SAP de Ciudad Real, Sección 1ª. Sentencia 31/2014. Recurso de Apelación 297/2013. (RJ 2014 ,113 ). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Pilar Astray Chacón”, que en su fundamento segundo recoge: *“Lo que viene a estipular esta disposición contractual, conforme se deduce de su propio contenido contractual, es que el cumplimiento de lo estipulado ha de entenderse como condición resolutoria expresa de la adquisición de la propiedad del solar; estipulación en garantía de los derechos de la permutante por obra futura; en cuanto así puede acceder al registro y ser conocida por terceros; ante el riesgo que asume la permutante de un inmueble por obra futura. Condicionar la eficacia de la permuta a la terminación y entrega del piso y cochera pactado, o incluso determinar la posibilidad de la resolución del contrato para el supuesto en que dicha entrega no se produzca, es un pacto válido en derecho e inscribible. Su propia naturaleza y esencia infiere lo es en beneficio del permutante y para garantizar los riesgos inherentes al contrato de permuta inmobiliaria.”*



es el pacto de inscripción de una condición resolutoria expresa. De este modo, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la condición en un contrato inter partes obligacional conforme al art. 11 de la L.H, adquiere trascendencia real, estando protegido pues, por los principios hipotecarios, en especial por el de publicidad registral del art. 34 y el principio de preferencia de rango hipotecario.<sup>417</sup> No obstante, la práctica habitual de la actividad inmobiliaria, consistente en la solicitud de préstamos con garantía hipotecaria para la construcción de la obra comprometida, mediante la constitución de hipoteca sobre el inmueble cedido, conlleva por lo general, que se introduzca en el contrato de cesión además de la cláusula que contiene la condición resolutoria expresa, otra cláusula, por la que el cedente del inmueble consiente la posposición de rango de la condición resolutoria.

#### **4. LA BUENA FE COMO REQUISITO PARA LA EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA. LA CUALIDAD DE TERCERO HIPOTECARIO.**

Además de la inscripción en el Registro de la Propiedad, para que la condición resolutoria despliegue su eficacia entre las partes y frente a terceros, es necesario que la existencia de buena fe, tanto entre el cedente como el cesionario, como por parte del

---

<sup>417</sup>Según RUBIO MAESTRE, Tomás. “El pacto comisorio”. Extracto de la Tesis Doctoral leída en la Universidad de Murcia el 1 de febrero de 1961. <http://revistas.um.es/analesumderecho/article/viewFile/105131/100051>.(Consultado el 03-02-2015).Dice el autor: *Antes de cumplirse o cumplirse la condición resolutoria establecida en un acto inscrito, en el Registro también figuran dos derechos con sus dos respectivas titularidades. Se inscribe el derecho del adquirente, o sea un derecho pleno, actual, si bien afecto a la contingencia de la condición resolutoria, pero asimismo aparece registrado a favor del transferente o de otra persona (o sea a favor de aquellos a quien favorece dicha condición) el derecho condicional o expectativa resultante. En consecuencia el Registro publica también dos titularidades, una la del adquirente, que viene a ser propietario de la cosa, si bien con la amenaza resolutoria derivada de la condición resolutoria si se cumple, y otra a favor del transferente o de otra persona, es decir, de quienes devendrán dueños de la cosa transmitida, caso de cumplirse la condición y cuya titularidad, por tanto, tiene el carácter de condicionada o preventiva. Los efectos hipotecarios específicos de la inscripción de un acto con condición resolutoria, y mientras se halle la misma pendiente de cumplimiento son los generales de toda inscripción normal, si bien con la limitación que representa la contingencia de la condición resolutoria, la cual actúa a modo de gravamen y afecta a terceros adquirentes. No obstante como también se produce una doble titularidad inscrita podrán inscribirse en el Registro no sólo los actos dispositivos del titular sujeto a condición resolutoria (si bien con la amenaza que representa el posible cumplimiento de ésta con sus efectos retroactivos), sino también los actos dispositivos de las personas favorecidas por la condición, los cuales están asimismo supeditados a la eventualidad de que se extinga tal derecho, caso de cumplirse la condición resolutoria. Fuera de estas particularidades, el derecho inscrito bajo condición resolutoria surte los efectos hipotecarios propios de todo derecho puro registrado.”*

considerado tercero hipotecario. Según reiterada Jurisprudencia,<sup>418</sup> la existencia o inexistencia de buena fe es una cuestión de hecho y ,por tanto, de libre apreciación de los juzgadores de instancia, además de ser un concepto jurídico.

En consecuencia, estando inscrita en el Registro a favor del cedente la condición resolutoria, si se aprecia mala fe en su establecimiento entre las partes, la condición resolutoria deviene ineficaz. Así se pronuncia la SAP de la Rioja de 20 de marzo de 2009.<sup>419</sup>

Para que la condición resolutoria tenga eficacia frente a terceros, el cedente y el cesionario también han de actuar conforme al principio de buena fe, para que éste sea considerado tercero hipotecario, con la protección que despliega art. 34 de la L.H. El principio de buena fe es una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada mediante la correspondiente prueba, entendiendo el TS que no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso se debería haber sabido.<sup>420</sup> La Jurisprudencia, no exige una deliberada intencionalidad, sino que es suficiente que el tercero, no haya actuado con la diligencia normal exigible al caso concreto. Por su parte este criterio también lo recoge, la SAP de Segovia de 17 de julio de 2008.<sup>421</sup>

---

<sup>418</sup> STS Sala 1ª de 16 de diciembre de 2002. Sentencia 1211/2002. Recurso 1590/1997. (RJ, 2002,8474). Magistrado Ponente Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil; STS de 5 de julio de 1990 (RJ 1990,5776) STS de 9 de junio de 1993 (RJ 1993,8174).

<sup>419</sup> SAP de la Rioja (Sección 1ª) de 20 de marzo de 2009. Sentencia 96/2009. Recurso 346/2008. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Luis Díaz Roldán. (RJ 2009,763)

<sup>420</sup> STS Sala 1ª de 22 de septiembre de 2008, (RJ 2008, 5776) y STS de 25 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3344 )

<sup>421</sup> SAP de Segovia de 17 de julio de 2008 (TOL.1395356), que en su fundamento de derecho 3º establece: "En términos generales, la STS de 28 de noviembre de 1996, entiende que la buena fe es condición sine qua non, para que sea aplicable el mencionado precepto hipotecario (art. 34 LH), dado que sin buena fe el tercer adquirente no puede obtener la protección de la fe pública registral, ya que el art. 34 de la LH exige a los que desean ampararse en aquella, dicho requisito en su aspecto positivo, en la creencia de que la persona de quién se recibió la finca de que se trata era dueña de ella y podrá transmitir el dominio y en sentido su sentido negativo, en la ignorancia o desconocimiento de los vicios que invalidan que pudiera afectar a la titularidad del transmitente; añadiendo que un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se enajenó correspondía a su transferente en la forma que proclamaba el asiento registral, elimina la buena fe (recoge la STS de 14 de Julio de 1998. De otro lado, las sentencias de 15 de Noviembre de 1990, de 4 de Junio de 1990 y 17 de Octubre de 1989, apuntan dicha exigencia de buena fe afecta también al principio de inoponibilidad de lo no escrito de manera que sólo al tercero de buena fe que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos; de parecido tener la STS de 30 de Noviembre de 1991, que indica que el mencionado principio carece de virtualidad cuando el tercero adquirente, no obstante de gozar de la protección registral al haber inscrito su título, conoció o tuvo medios racionales para conocer la realidad extrarregistral, que en tal caso ha de prevalecer sobre la registral."

También se pronuncia en este sentido la SAP de Tenerife de 5 de marzo de 2010,<sup>422</sup> y más recientemente, la SAP de Barcelona, de 10 de marzo de 2011,<sup>423</sup> cuando ante un supuesto de cesión de solar por obra futura, los cedentes autorizan la posposición de su condición resolutoria a la hipoteca solicitada por el constructor, siempre y cuando el crédito se solicitara con el único y exclusivo fin de financiar la construcción.

En la escritura de préstamo con garantía hipotecaria el propio notario, advirtió a las partes, constructor y entidad bancaria, que en la escritura de permuta el constructor asumía una serie de obligaciones con los cedentes y que en caso de incumplimiento por parte de la constructora, se pactó una condición resolutoria. La entidad bancaria alega su condición de tercero hipotecario de buena fe.

Sin embargo, la sentencia se pronuncia entendiendo que la apelante no puede considerarse como 3º hipotecario de buena fe, pues conocía la escritura de permuta mixta, toda vez que fue el documento en virtud del cual concedió el préstamo y además, el notario autorizante hace expresa mención a la existencia de la condición resolutoria.

## **5. LA POSPOSICIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA.**

La posposición de la inscripción de la condición resolutoria, es una práctica habitual en el contrato de cesión de solar por obra futura, pues generalmente el constructor hipoteca la finca permutada para obtener la financiación necesaria para edificar. También es práctica en las entidades bancarias prestamistas, no conceder el crédito, si han de inscribir su hipoteca tras la condición resolutoria inscrita, salvo acuerdo de permuta de rango.

---

<sup>422</sup> SAP de Tenerife 5 de marzo de 2010. (TOL2012462), que en su fundamento 3º dice: “*Alega el recurrente que en todo caso tiene la condición de tercero hipotecario, alegación que no podemos aceptar, pues como ha señalado con reiteración la Jurisprudencia, STS de 9 de Marzo de 2009 por todas, al constar inscrita en el Registro de la Propiedad la condición resolutoria de la permuta, que es el título de adquisición del prestatario, el recurrente no puede ser considerado tercero hipotecario, precisamente porque el conocimiento de esa condición resolutoria deriva directamente de la inscripción registral.*”

<sup>423</sup> SAP de Barcelona, (Sección 14ª) de 10 de marzo de 2011. (RJ 2011,180183).

Por ello, además de la inscripción de la condición resolutoria, figura mediante nota marginal la posposición de rango de la condición resolutoria respecto a la hipoteca.

La Ley no exige de forma expresa el cumplimiento de ningún requisito para el acceso al Registro de la Propiedad de la cláusula de posposición. Pero, la Resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 1979,<sup>424</sup> extendió los requisitos del art. 241 del R.H para la inscripción de la hipoteca. Entiende esta Resolución, que la falta de concreción de la hipoteca futura, daría lugar a la posibilidad de que se creara un rango registral sin contenido específico por el simple consentimiento genérico de las partes.

El art. 241 RH establece para la inscripción de la posposición de hipoteca, también aplicable a la posposición de cláusula resolutoria en virtud de la resolución anterior, los siguientes requisitos:

- a) Que el acreedor, en este caso el cedente, que haya de posponer consienta expresamente la posposición.*
- b) Que se determine la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, así como su duración máxima.*
- c) Que la hipoteca que haya de anteponerse se inscriba dentro del plazo necesariamente convenido al efecto. Si transcurre el plazo señalado, sin inscribir la hipoteca caducará el derecho de posposición. Esta caducidad se hará constar por nota marginal.*

En este sentido se ha pronunciado la STS de 24 de octubre de 2005,<sup>425</sup> cuando en un supuesto de permuta de solar por obra formalizada mediante escritura pública de 17 de enero de 1989, D. Humberto, D. Juan Pedro y D<sup>a</sup> Mari Luz convinieron en permutar con Nuevo Alfaz, S.A, la finca que en dicha escritura se describía, a cambio

---

<sup>424</sup> RDGRN de 25 de septiembre de 1979. BOE 20.10.1979, que establece en sus considerandos lo siguiente: “Que al entrar propiamente en la materia discutida, es de observar que el art. 241 del RH aparece literalmente referido al supuesto exclusivo de posposición entre hipotecas, pero su aplicación resulta viable igualmente a la condición resolutoria pospuesta, dada la identidad de razón que se aprecia en el supuesto contemplado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1 del CC, al ser semejante en nuestro Derecho el juego de la hipoteca preferente respecto de las segundas y posteriores (art. 131 LH) y el derivado de dicha hipoteca respecto de la condición resolutoria”. “Que el objeto de todo contrato ha de ser determinado o determinable, exigencia que en el ordenamiento hipotecario aparece plasmada a través del principio de especialidad, de ahí que el art. 241 exija al menos la indicación de las líneas fundamentales de la hipoteca futura, que de omitirse, y dado el significado del precepto legal, producirían una notoria indeterminación respecto de los datos básicos del derecho que en su día ganará prelación y de tanto interés no sólo para terceros, sino también para los propios vendedores que han consentido la posposición y que podrían verse afectados por la hipoteca futura.”

<sup>425</sup> STS de 24 de octubre de 2005. (RJ 2005,8280).

del veinticinco por ciento de la superficie del local que la mencionada sociedad construiría sobre el solar, más tres viviendas y tres plazas de garaje en la planta del sótano. El pacto cuarto (origen de presente litigio) decía así:

*“La permuta queda sujeta a la condición resolutoria de que se construyan las fincas objeto de la permuta antes de dos años, a contar desde la licencia municipal de obras; bastando para cancelar dicha condición resolutoria la presentación de un Certificado del Arquitecto Director de la obra, que acredite la terminación de ésta. Consienten expresamente las partes en que esta condición resolutoria posponga su rango al préstamo hipotecario u otra carga o gravamen, que cualquier entidad bancaria o Caja de Ahorros pueda conceder a la promotora, al objeto de realizar la construcción de la obra, sin incluir las fincas objeto de la permuta”.*

Posteriormente, mediante escritura pública de 30 de mayo de 1990, Nuevo Alfaz SA concertó con Banco Urquijo S.A escritura de préstamo hipotecario en la que figuraba como objeto de la hipoteca la finca permutada. La posposición de la cláusula resolutoria a la hipoteca no se había inscrito, figurando como carga de la finca matriz, por obstáculos registrales a la eficacia del pacto de posposición, Banco Urquijo S.A requirió notarialmente a todos los firmantes del convenio de permuta para que otorgasen la oportuna escritura complementaria del pacto de posposición. La entidad bancaria, prestamista, solicita que se obligue al cedente a otorgar una escritura complementaria de posposición de hipoteca, que contenga los requisitos establecidos en el art. 241 RH, ya que con anterioridad las partes habían pactado una cláusula de posposición de la condición resolutoria de carácter genérico. El juzgado de 1ª Instancia estimó la demanda, que, posteriormente, fue desestimada por la Audiencia Provincial de Alicante en fecha 31 de diciembre de 1998. La Sentencia de la Audiencia fue confirmada por la del Tribunal Supremo antes mencionada.

Esta Sentencia lleva a plantearnos si la no concurrencia de los requisitos del art. 241 RH, y su no inscripción en el Registro de la Propiedad, afecta a la validez y eficacia de la posposición entre las partes.

Consideramos, que tanto la cláusula resolutoria como su posposición es totalmente válida entre las partes contratantes, cedente y cesionario, pues es un pacto libremente establecido por las mismas, conforme al principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 del CC, y por tanto sujeto también al principio de buena fe contractual. Entender lo contrario, sería dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, que contraviene lo establecido en el art. 1256 del CC.

En cuanto a la eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad, su validez no nace de la inscripción sino del contrato, pues las inscripciones salvo excepciones no son constitutivas por si mismas, no impiden una vida extrarregistral de los bienes, ni su contenido es inatacable. Esto se deduce de los principios registrales, pues la inscripción registral es de carácter voluntario, no obligatoria y salvo excepciones como la hipoteca, no es constitutiva.

En virtud de lo anterior, la cláusula resolutoria y su posposición no inscrita es válida entre las partes, y en virtud del art. 1257 del CC *in fine*, se considera una cláusula establecida a favor de terceros. Así se recoge en la Sentencia de la AP de Murcia de 3 de diciembre de 2002 <sup>426</sup> en su supuesto en que se inscribe la condición resolutoria pero no su posposición de rango a una hipoteca.

Supuesto diferente, es el que se produce cuando existe duda o confusión sobre la existencia de una verdadera condición resolutoria inscrita, pues en ocasiones las partes introducen en el contrato, menciones relativas al incumplimiento que aparentan una causa resolutoria, pero que no puede considerarse como tal, al no haberse establecido específicamente el supuesto de incumplimiento con su consiguiente garantía de tipo resolutorio.

Así sucede en el supuesto que fundamenta la SAP de Ciudad Real de 22 de septiembre de 2003<sup>427</sup> en la que en un contrato de cesión de solar por obra la finca

---

<sup>426</sup> SAP de Murcia (Sección 5ª) de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 113249). El fundamento segundo de dicha sentencia dice: “...examinando el repetido contrato denominado de permuta en su estipulación quinta las partes pactan también expresamente “si la citada mercantil precisa constituir hipoteca sobre el solar en garantía de préstamos para financiar la construcción, para este caso, las partes acuerdan y consienten en posponer la condición resolutoria explícita pactada a favor de esta posible hipoteca” y como tal contingencia si que se produjo al convenir la empresa constructora una hipoteca de las veinticuatro futuras viviendas como garantía de un préstamo con la codemandada Caja de Ahorros y Pensiones de Cataluña la cual posteriormente ejecutó siendo adjudicadas veinte de las viviendas no concluidas a la mercantil Cartagutor S.L también personada en autos, se plantea en el proceso si la condición resolutoria explícita de la estipulación cuarta del contrato de permuta alcanza en sus efectos a la postura jurídica de estas dos últimas mercantiles, y sobre dicho tema es donde se centra la actora fundamentalmente en su recurso.” “... y todo esto se deduce los principios registrales de nuestro ordenamiento... pudiendo entenderse que la misma, como indica la sentencia es sencillamente una cláusula puesta a favor de un tercero, no determinado en su momento, en analogía con los establecido en el art. 1257CC, según reputada doctrina científica.” En este mismo sentido se pronuncia la STS Sala 1ª de 24 de Octubre de 2005 (RJ 2005,8280).

<sup>427</sup> SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) de 22 de septiembre de 2003. Sentencia 191/2003 (RJ 2004,293), que en su fundamento de derecho tercero dice: “Partiendo de la escritura pública en la que se instrumentó el contrato de cesión onerosa entre los demandantes y la mercantil TJMB, no cabe concluir que se estableciera ningún tipo de garantía real, ni condición resolutoria alguna. La simple lectura, pone de manifiesto, una obligación para la sociedad compradora, obligación como se ha dicho puramente personal. Lo que consta en el Registro, tal y como pormenorizadamente ha analizado la sentencia

había sido hipotecada por el cesionario a favor de una entidad bancaria, en garantía de un préstamo. La entidad bancaria inicia un procedimiento hipotecario, y se adjudica la finca a un tercero. El cedente, considera que existe una condición resolutoria inscrita a su favor con anterioridad a la hipoteca y solicita su reconocimiento. Sin embargo, la sentencia entiende que se trata de una obligación de entregar una contraprestación, es decir una serie de viviendas a cambio de la cesión del inmueble, lo que en modo alguno constituye una condición resolutoria.

## **6. DIVERSOS SUPUESTOS EN LA INSCRIPCION DE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA.**

### **6.1 Inscripción de la condición resolutoria tras la agrupación de varias fincas y la constitución de hipoteca.**

En la cesión de solar por obras, es práctica habitual, que los cesionarios, adquieran varios inmuebles contiguos, propiedad de diferentes dueños, con los que suelen llegar a pactos y contratos individualizados y con condiciones diferentes. Por ello, para poder construir en estos casos un edificio sobre las diferentes fincas, proceden a realizar la agrupación registral de las fincas, dando origen a una nueva finca registral, conforme a lo establecido art. 44 y 45 RH.

En los supuestos de agrupación de fincas pueden distinguirse varias situaciones:

#### **a) Agrupación de fincas con condición resolutoria inscrita sobre una de ellas.**

Cuando se produce la agrupación de varias fincas, sobre una de las cuales se encuentra inscrita una condición resolutoria, esta condición no se extiende al resto de la finca agregada, pues solo lo admite si es por accesión natural, por analogía con el art. 109 de la LH relativo a la hipoteca. Así se establece en la STS de 11 de noviembre de 2003.<sup>428</sup>

---

*impugnada, se trata de una obligación de entregar una contraprestación, es decir una serie de viviendas a cambio de la cesión del inmueble, lo que en modo alguno constituye una condición resolutoria.*

<sup>428</sup> STS Sala 1ª de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003,8407).

**b) Agrupación de fincas con hipoteca constituyéndose posteriormente, una condición resolutoria sobre una de las fincas originales.**

En el supuesto de inscripción resolutoria, pactada tras la inscripción de una venta, como complemento de la misma e inscrita la hipoteca sobre la misma, la condición resolutoria no perjudica a la hipoteca inscrita, en tanto en cuanto ésta será preferente a la condición resolutoria, ello en virtud de lo establecido en el art. 17 L.H y manteniendo lo establecido en la RDGRN de 16 de febrero de 2005.<sup>429</sup>

**c) Condición Resolutoria estipulada con posterioridad a la venta de la finca, mediante escritura complementaria, acordándose la posposición de la condición resolutoria a la hipoteca que pudiera constituirse, agrupándose posteriormente la finca a otras del cesionario, y constituyéndose hipoteca sobre la finca hipotecada.**

En este supuesto, la cuestión es establecer, si inscrita la agrupación de varias fincas y constituida hipoteca sobre la finca resultante puede inscribirse una condición resolutoria que afecta a la adquisición de una de las fincas agrupadas, o, por el contrario, no puede admitirse la inscripción de la condición resolutoria porque puede perjudicar a la hipoteca constituida sobre la totalidad de la finca resultante tras la agrupación.

Esta posibilidad se contempla en la RDGRN de 6 de febrero de 2009<sup>430</sup> ante la denegación del registrador de Alcázar de San Juan, de inscribir la escritura donde se establece una condición resolutoria expresa, que complementa una escritura anterior de cesión de solar por obra futura. Los fundamentos que estableció la registradora para la denegación consistían en que al existir inscrita una agrupación previa de la finca gravada con la condición resolutoria, el acreedor sí vería perjudicado su garantía, no en cuanto a la preferencia de la hipoteca, sino a lo que ha querido hipotecar; Los efectos del incumplimiento de la condición resolutoria es la recuperación del bien por el vendedor y el restablecimiento de la situación patrimonial preexistente a la celebración del negocio por no haberse desenvuelto en los términos previstos.

---

<sup>429</sup> RDGRN de 16 de febrero de 2005 BOE (06.04.2005).

<sup>430</sup> RDGRN de 6 de febrero de 2009. (BOE 14.03.2009).



La consecuencia de ello, por la previa agrupación, es que el incumplimiento de la condición resolutoria pactada sobre la finca registral objeto del contrato de cesión de solar, únicamente podría afectar a una parte de la finca resultante de la agrupación, de modo que el restablecimiento a la situación primitiva exigiría la separación de la finca agrupada, sin perjuicio de la hipoteca. Pero la voluntad del acreedor hipotecario fue hipotecar el solar edificable en su totalidad, y de hecho una de las causas de vencimiento anticipado de la hipoteca es la obtención de la licencia de obra. Indudablemente la obra a construir es sobre todo el solar y no en parte del mismo que, en caso de resolución, pertenecería a otro propietario estableciendo por tanto que el acreedor hipotecario no puede quedar perjudicado por lo no inscrito.

Por otro lado, es cierto que la condición resolutoria se pactaba para no perjudicar la hipoteca y de hecho no solicitarían la inscripción en el Registro hasta que no estuviera inscrita la hipoteca que pactase el adquirente del solar, buscando así su carácter preferente; pero no se previó que la hipoteca (que para la posible posposición no cumplía los requisitos del art. 241 RH), podía constituirse sobre el solar total del edificio a construir.

Además entendía que el principio de especialidad registral, exige que la finca sobre la que se inscriba la condición resolutoria esté determinada correctamente, formando registralmente una sola finca o cuota indivisa de ella, pero no parte (aunque en su momento fue determinada), de otra finca registral que ya ha formado una nueva realidad física e hipotecaria sustituyendo a la anterior, conforme a los arts. 9 LH y 51 RH. Sin embargo, la DGRN, estima el recurso, argumentando que el supuesto guarda analogía con la desvinculación de elementos comunes en una propiedad horizontal cuando estos elementos figuran hipotecados en la parte proporcional que corresponde a una hipoteca sobre elementos privativos. La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, *erga omnes* al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad es constituida (art. 1876 C.C). Por ello, aunque con la agrupación de fincas se produce una modificación del objeto, creándose uno nuevo, está modificación no afectará al acreedor hipotecario, por lo que la puede desconocer. La segunda de las razones indicada por el Centro Directivo para acoger el recurso, es que si no se inscribe la condición resolutoria, se vería sin

defensa el cedente frente a otros acreedores del cesionario, produciéndose una indefensión contraria a la justicia material.

En definitiva, entiendo que lo que hace la DGRN en esta Resolución, es resolver conforme al principio de justicia material, dado que no existe perjuicio para el acreedor hipotecario, que en todo caso tendrá salvaguardado su derecho inscrito. Y seguir nuestro planteamiento favorece la posición del cedente pues en caso de incumplimiento podría recuperar su inmueble.

## **6.2 Cláusula de prohibición de disponer e hipotecar la finca cedida.**

Las prohibiciones de disponer según CANO MARTINEZ DE VELASCO<sup>431</sup> son cargas reales inmobiliarias negativas en cuanto inscritas o anotadas, (en función de si son negociales o judiciales), que impiden mediante una justa causa disponer de un derecho real inscrito a nombre del sujeto pasivo. Su consecuencia es la de anular los actos dispositivos posteriores a la inscripción de esa prohibición.

En relación a la indisponibilidad hay que distinguir entre prohibición de disponer y obligaciones de no disponer. La prohibición de disponer afecta al derecho cuya indisponibilidad se elimina, y la obligación de no disponer limita la libertad del deudor sin limitar el derecho.<sup>432</sup> También son diferentes, las consecuencias entre una y otras, pues en las primeras su consecuencia es la nulidad del acto dispositivo contrario y las obligaciones de no disponer la indemnización por incumplimiento contractual.

Hay ocasiones, aunque no son las más frecuentes, en las que el propietario del solar, con objeto de impedir que el cesionario o promotor solicite una hipoteca sobre el inmueble cedido, pacta en el contrato que el cesionario no podrá hipotecar la finca cedida en garantía de préstamos. En estos supuestos, la cuestión radica en establecer o concretar el valor que tiene esa prohibición teniendo en cuenta que el cesionario se convierte en propietario de la finca y que entre los derechos inherentes al derecho de propiedad, se encuentra el de disponer del inmueble, bien enajenándolo, gravándolo o constituyendo derechos reales o de garantía.

---

<sup>431</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro*. J.M. Bosch editor. Año 2006. pg. 86

<sup>432</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *Las prohibiciones de disponer... op. cit.* pg. 23

Vamos a analizar varias situaciones que pueden darse en el contrato de cesión de finca, (como la prohibición de hipotecar el solar cedido, prohibición de hipotecar los inmuebles futuros comprometidos con el cedente, y, por último, la prohibición de disponer sobre una finca hecha en testamento), y cómo influye dicha prohibición en su cesión por obra futura.

### **6.2.1 Inscripción de la prohibición de hipotecar la finca cedida.**

Lo habitual es que las partes no pacten cláusulas en este sentido, dado que el cesionario pasa a ser propietario del inmueble, con el fin precisamente de poder obtener un crédito hipotecario para la financiación de la obra, constituyendo hipoteca sobre el inmueble cedido como garantía de ese crédito. No obstante lo anterior, hay veces que las partes acuerda una prohibición de hipotecar tanto la finca como los inmuebles futuros. Lo habitual es que esta prohibición no acceda al Registro de la Propiedad conforme al art. 27 de la L.H. porque la Ley Hipotecaria admite la inscripción de prohibiciones de enajenar en supuestos muy concretos, pero nunca cuando la adquisición del inmueble ha sido a título oneroso, como sucede en el contrato de cesión de solar. El cedente puede estar interesado en que no se constituya hipoteca sobre la finca y así evitar que la finca se encuentre gravada con una carga real por lo que se establece una cláusula de prohibición de disponer o de constituir una hipoteca sobre la finca. En este caso, entendemos que más que ante una prohibición de disponer entendida como una carga real, nos encontramos ante una obligación de no hipotecar que puede acceder al Registro de la Propiedad si se constituye como una condición resolutoria expresa conforme al art. 11 de la LH.

Si la obligación de no hipotecar no se constituye como condición resolutoria expresa y no es posible su inscripción, solamente existe una obligación entre las partes pactada en el contrato. De tal forma que su incumplimiento, puede entenderse como un incumplimiento contractual entre las partes, pero sin efectos frente a terceros. Así se pronuncia la SAP de Las Palmas de 10 de julio de 2013,<sup>433</sup> en un supuesto de contrato

---

<sup>433</sup> SAP de las Palmas (Sección 4ª), de 10 de julio de 2013. Sentencia 256/2013. Recurso de apelación 68/2012. (RJ 2013,278895). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Elena Corral Losada, que en su fundamento de derecho octavo dice: *“Sin embargo pese a la condición resolutoria expresa pactada lo cierto es que no consta inscrita en el Registro de la Propiedad la condición resolutoria explícita pactada, y en cuanto a la prohibición de disponer que suponía para los adquirentes del solar la prohibición de hipotecar el solar de la misma por su propia naturaleza, al no encontrarse entre los supuestos contemplados por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, la misma no podía ser inscrita (arts. 11,26,27,37 de la LH).*

de cesión de solar por obra futura, en la que se había estipulado la prohibición de hipotecar los inmuebles. La Sentencia razona que dicha prohibición no es inscribible en virtud del art. 27 de la LH, pero como alternativa podría haber accedido al Registro de la Propiedad, al constituirse como condición resolutoria expresa.

En virtud de lo anterior, el acreedor hipotecario generalmente una entidad bancaria, estaría protegido en su condición de tercero hipotecario conforme al art. 34, y la hipoteca constituida sería válida. Así se pronuncia la SAP de Badajoz de 2 de mayo de 2006 <sup>434</sup> en un supuesto de falta de inscripción de la prohibición de hipotecar.

En resumen entendemos que la obligación de no hipotecar, puede acceder al Registro si se pacta como condición resolutoria expresa como garantía del cedente. Por tanto, en este supuesto, es más propio hablar de obligación de no hipotecar que de una prohibición de disponer.

#### **6.2.2. Establecimiento de una prohibición de hipotecar por el cedente sobre el inmueble futuro.**

Las partes, cedente y cesionario, pueden establecer una cláusula en el contrato, por el que se prohíbe al cesionario hipotecar el inmueble comprometido con el cedente. En este caso, es más exacto en nuestra opinión hablar de pacto de no hipotecar, puesto que el cesionario es el propietario del inmueble futuro y por tanto no puede el cedente prohibirle hipotecar un bien de su propiedad. Si bien habitualmente se le viene denominando prohibición de hipotecar.

En este supuesto, como en el anterior, nos encontramos ante una obligación de no hipotecar y no ante una limitación del derecho del cesionario. Como obligación de hipotecar no accede al Registro de la Propiedad, salvo si se constituye como condición

---

*Y es que por otra parte, no puede desconocerse, como se ha dicho, que pese a la eficacia rela de la condición resolutoria explícita inscrita (art. 37 LH) no tiene en principio dicha condición tal naturaleza. La condición resolutoria es un pacto de naturaleza obligacional y no real, que solo es oponible erga omnes por consecuencia de la inscripción, inscripción que aquí la parte actora declinó solicitar-consintiendo expresamente, además, la constitución de garantía hipotecaria”.*

<sup>434</sup> SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 2 de mayo de 2006 (RJ 2006,166592), que en su fundamento de derecho tercero dice: “*Quiere decirse entonces, que la Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla ni por tanto la cesionaria de su crédito hipotecario, podía conocer al otorgar el préstamo hipotecario, que a la Mercantil EL Este del Alentejo S.L le afectaba prohibición alguna de disponer en relación a la finca registral NUM.000, porque ni de las notas simples informativas del Registro de la Propiedad manejadas para el otorgamiento del préstamo hipotecario, ni de la inscripción registral propiamente dicha, se desprendería imposibilidad jurídica de disponer.*” “*En conclusión, pues que la Caja de Ahorros hoy apelada ostenta la condición de tercero hipotecario o tercero de buena fe protegido por el art. 34 LH, máxime cuando no se ha acreditado que conociera o pudiera haber conocido la inexactitud del registro.*”

resolutoria expresa en virtud del art. 11 de la LH. En este caso, se constituye como garantía del derecho del cedente, de tal forma, que la entidad hipotecante, no está protegida por el art. 34 de la LH, es decir, no se le puede considerar tercero hipotecario. Por ello, a diferencia de la carga inmobiliaria de no disponer, la inscripción de la condición resolutoria no produce el cierre registral durante la vigencia de la prohibición inscrita, sino que impide que conforme al art. 34 de la LH, la entidad hipotecante, tenga la condición de tercero hipotecario. De esta manera, el derecho del hipotecante sobre la finca se extinguiría. Ciertamente, este supuesto es impensable en el modo de operar de las entidades financieras. Sin embargo, si es habitual que pese a que las partes hayan acordado una cláusula por la que el cesionario se compromete a no hipotecar el inmueble futuro, éste termine finalmente hipotecado.

Este supuesto se contempla en la STS de 28 de octubre de 2002,<sup>435</sup> en la que mediante escritura de pública de 7 de julio de 1989, la entidad propietaria vendió a la demandada una casa de su propiedad con todos sus derechos y sin cargas, por noventa y cinco millones de pesetas. La forma de pago acordada consistía en diez millones de pesetas confesados recibidos por la vendedora, cincuenta y cinco millones de pesetas que se aplazaban sin intereses al siguiente día 21 mediante una letra de cambio por este importe y vencimiento, avalada por entidad bancaria, y treinta millones de pesetas que se pagaban mediante la entrega de un piso puerta derecha en la tercera planta que la entidad compradora iba a realizar en la finca. Se pactaba además que la entrega de la futura vivienda se realizaría libre de cargas y gravámenes, por lo que el comprador se comprometía a abstenerse de constituir cualquier derecho o garantía sobre el mismo a favor de terceros, sea o no de carácter real, así como de cualquier acto o negocio de carácter dispositivo que suponga menoscabo del derecho expectante de la vendedora, una vez otorgada la escritura de división horizontal, que habría de llevarse a cabo en el plazo de seis meses y la entrega del mismo se efectuará en el plazo máximo de veinticuatro mensualidades.

---

<sup>435</sup> STS de 22 de octubre de 2002. Sentencia 1007/2002. Recurso de Casación 1160/1997 (RJ 2002,9310). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán que en su fundamento de derecho quinto dice: *“Los motivos tercero al séptimo, fundados en infracción del art. 34 de la Ley Hipotecaria de este mismo artículo en relación con el art. 10 de dicha Ley, del artículo 1 párrafo tercero en relación con el artículo 98 de la misma Ley, del art. 1218 del Código Civil y del artículo 1857.3º del mismo Código, pretenden por un lado, que se aplique el art. 34 LH pese a no haber mediado petición alguna de resolución del título de la hipotecante y, de otro, atribuir alcance real a la prohibición de no disponer y gravar en contra de todas las evidencias, tanto fácticas, puesto que nunca la parte hoy recurrente quiso darle dicho alcance ni constituir hipoteca en su garantía, transmitiendo por el contrario la finca libre de cargas, como normativas, ya que los preceptos verdaderamente a considerar serían los artículos 32,11,26,27 y 29 de la Ley Hipotecaria eludidos del todo por la recurrente, de suerte que resulta por completo irrelevante el presunto error de valoración de la prueba documental alegado en el motivo sexto porque la simple referencia a la escritura pública de julio de 1989 en la de constitución de hipoteca en modo alguno dotaba de naturaleza real, en contra del acreedor hipotecario, ala prohibición de disponer y gravar contenida en aquella, no sólo por el cúmulo de razones ya expuestas sino también porque en dicha escritura de transmisión de la hoy recurrente a la mercantil que adquirió se hizo libre de cargas y resulta por tanto que cuando ésta hipotecó el piso sí tenía la libre disposición del mismo, sin perjuicio de sus obligaciones personales frente a la hoy recurrente derivadas del contrato de compraventa, sujetas por cierto a un plazo que asimismo elude la recurrente.”*

Esta escritura causo la inscripción 3ª de la casa vendida, en la que quedó constancia de forma pactada para el pago del precio y al margen de la cual se anotó, con fecha 22 de enero de 1990, que los cincuenta y cinco millones de pesetas aplazados y representados por la referida letra de cambio habían sido satisfechos.

La inscripción 4ª de la finca de 4 de enero de 1990, constata el proyecto de rehabilitación por la entidad compradora con visas a un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal integrada por seis viviendas y un local comercial, cuya inscripción como fincas nuevas e independientes se solicita por la compradora.

Al margen de esta inscripción 4ª se anotó con fecha 4 de enero de 1990, que la finca se dividía horizontalmente en un local y seis viviendas, cuya inscripción como fincas independientes solicita la compradora.

Con esa misma fecha de 4 de enero de 1990, se practicó la inscripción 1ª de la vivienda letra D planta 3ª, sin mención alguna a la obligación contraída por la compradora en la escritura de 7 de Julio de 1989.

El 8 de octubre de 1991, la compradora comunicó por conducto notarial a la vendedora, la puesta a disposición de la vivienda a favor de ella misma o de la persona que designara libre de cargas y gravámenes. La vendedora no aceptó esta puesta a disposición del piso ni entró en posesión del mismo a pesar de que por telegrama de 27 de marzo de 1993 la compradora le reiteró el requerimiento para que se hiciera cargo del piso.

Mediante escritura de fecha 27 de marzo de 1993 la compradora hipotecó el piso en garantía de un crédito en cuenta corriente de hasta ocho millones de pesetas.

En este supuesto la vendedora presentó demanda de nulidad de hipoteca contra la empresa compradora y la entidad bancaria hipotecante basándola entre otras alegaciones, en la naturaleza o trascendencia real a la prohibición a la entidad compradora de prohibición de enajenar o disponer.

El Juzgado desestimó la demanda, que fue recurrida en apelación por la vendedora demandante. El recurso de apelación también fue desestimado por la Audiencia Provincial por lo que recurre en casación ante el Tribunal Supremo, que vuelve a desestimar la demanda. La Sentencia se basa en que la prohibición de enajenar no puede tener trascendencia real, ni puede ser considerada como derecho inscrito o anotado a su favor pues su referencia en la inscripción 3ª de la finca puede tener ese alcance a menos que se prescinda absolutamente el sistema establecido en la Ley Hipotecaria. El art. 10 de la LH se refiere a la inscripción de los contratos en que media precio. Por su parte, el art. 11 de la LH descarta que el aplazamiento del pago perjudique a tercero a menos que se garantice con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa, que como se recoge en el párrafo segundo del art. 11 de la LH, es aplicable expresamente a las permutas o adjudicaciones en pago cuando alguna de las partes deba abonar a la otra alguna diferencia en dinero o especie.

Por otra parte, también alude a los artículos 26 y 27 de la LH limitan el acceso registral de las prohibiciones de disponer a las que enumera el art. 26 de ese texto legal, aunque permitiendo que el cumplimiento de otras con origen distinto pueda asegurarse mediante hipoteca u otra forma de garantía.

Actualmente la reciente reforma de la LH mediante la Ley 23/2015 de 24 de junio con vigencia desde el 15 de noviembre de 2015, modifica los arts. 10 y 11 de la LH, si bien lo que hace es reunir en el art. 11, el contenido de los dos artículos anteriores.

En nuestra opinión, esta Sentencia expresa claramente, que la prohibición de disponer pactada en un contrato de compraventa o en un contrato de cesión de solar por obra futura, no es una prohibición de disponer en sentido estricto como carga real de las reguladas en los arts. 26 y 27 de la LH. Es una obligación establecida en un contrato que puede garantizarse con una condición resolutoria expresa y por tanto acceder al Registro de la Propiedad y oponible *erga omnes*. Por ello, la simple mención del aplazamiento del pago, sin elevarla a condición resolutoria expresa, no puede oponerse a terceros conforme al art. 11 de la LH.

En el supuesto que contempla la Sentencia, el derecho del vendedor o en el caso de cesión de solar por obra futura, su derecho hubiera estado garantizado, si hubiera garantizado el aplazamiento de pago con una condición resolutoria expresa o en su caso la obligación de no hipotecar el inmueble futuro a entregar, una vez realizada la escritura de división horizontal. Con ello, hubiera protegido y salvaguardado el inmueble inicialmente vendido o el inmueble futuro de posibles embargos o cargas que el comprador pudiera sufrir o constituir.

Teniendo en cuenta que no se constituyó una condición resolutoria, lo que existe es una obligación personal entre las partes, con una validez de obligación contractual pero no oponible a terceros, que en este caso están protegidos por el art. 34 de la LH salvo que el vendedor pudiera desvirtuar la presunción de buena fe por parte de la entidad hipotecante.

Así sucede en el supuesto contemplado en el STS de 6 de noviembre de 2014<sup>436</sup> en la que el Alto Tribunal, entiende que el banco hipotecante, no puede tener la condición de tercero hipotecario, porque conocía la obligación de entregar las viviendas futuras libre de cargas porque se había constituido en garante del cesionario del cumplimiento de dicha obligación mediante la constitución de un aval. Posteriormente los inmuebles comprometidos con el cedente fueron hipotecados por la propia entidad avalista.

### **6.2.3. Establecimiento de una prohibición de disponer por testamento sobre un inmueble que se cede a cambio de obra futura.**

Esta clase de prohibiciones, vienen reguladas en el art. 26 y 27 de la LH. y pueden ser establecidas por negocios a título gratuito como la donación, testamento e incluso capitulaciones matrimoniales. Son prohibiciones de disponer voluntarias, es decir, que el titular del inmueble, las impone por su propia voluntad sin que exista una obligación legal para ello, pero ha de existir una causa justa. Este tipo de prohibiciones son inscribibles en el Registro de la Propiedad, y su inscripción tiene carácter constitutivo. Es decir, si no se inscriben constituyen meras obligaciones entre las partes, y no son oponibles *erga omnes*.

La inscripción registral, produce como efecto el cierre registral de la finca de que se trate impidiendo la inscripción de los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad.

La cuestión planteada es que sucedería en estos casos, pues en virtud del art. 27 de la LH, permite su inscripción al haberse otorgado por negocio a título lucrativo, es decir por título sucesorio. En estos casos, generalmente, el testador, pretende salvaguardar los derechos del nuevo adquirente sobre esa finca, por motivos diversos,

---

<sup>436</sup> STS de 6 de noviembre de 2014. Sentencia 618/2014. Recurso 3261/2012. (RJ 2014,4426). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller que en su fundamento de derecho quinto dice: *“En este caso no cabe duda de que la CAM, ahora recurrente, no era ajena al contrato celebrado y era conocedora de que el deudor hipotecario Lovipro Servicios Inmobiliarios S.L, había contraído la obligación de entregar las viviendas y plazas de garaje litigiosas “libre de cargas y de gravámenes” ya que incluso se había constituido en garante ante Atices S.L del cumplimiento correcto de dicha obligación mediante la constitución de un aval. De ahí que la aplicación del criterio de la falta de buena fe según lo dispuesto en el art. 34 de la LH no supone vulneración de dicha norma, aún más si la misma se conecta con la exigencia general de buena fe contenida en el artículo 7 del CC y la evitación del fraude de ley que supondría el hecho de poder facilitar al obligado el incumplimiento de una obligación precisamente quién se constituyó en garante de su adecuada satisfacción ante el acreedor de la prestación consistente en la entrega de los inmuebles libres de cargas y gravámenes”*.



estableciendo por ejemplo que la prohibición de disponer tenga una vigencia hasta la mayoría de edad del nuevo adquirente, hasta que contraiga matrimonio, o hasta que fallezca una determinada persona próxima al heredero o al donatario.

Ante un supuesto de estas características, la cuestión que se nos plantea es si se podría formalizar un contrato de cesión de solar por obra futura, y si una vez formalizado, tendría validez jurídica o por el contrario adolecería de un defecto, subsanable o insubsanable. Vamos a analizar varios supuestos en función de la persona a favor de la cual se haya constituido la prohibición de disponer:

**a) Contrato de cesión de solar por el heredero que adquiere una finca con la prohibición de disponer de ella, durante la vida de la esposa del causante.**

El contrato de cesión de finca por obra futura, se caracteriza porque el cedente o propietario del suelo transmite la propiedad al cesionario para que edifique. En principio parece que un inmueble sobre el que existe una prohibición de disponer impuesta por testamento, e inscrita en el Registro de la Propiedad, no parece el más adecuado para formalizar un contrato de este tipo. Pero puede suceder, que la finca tenga numerosas posibilidades y que sea sumamente atractiva e interesante desde el punto de vista económico para edificarla e incluso que su construcción en conjunto con otros inmuebles colindantes optimice los costes de edificación, o incluso que se encuentre entre dos inmuebles adquiridos por la promotora por lo que le interesa la adquisición de la misma mediante un contrato de cesión de solar. En este supuesto, en principio en virtud del art. 27 de la LH, existe una carga real negativa, que impide al nuevo propietario que la ha adquirido por herencia, transmitirla mientras sobreviva su madre y viuda del testador. Ante esta situación, nos planteamos si existe solución legal que permita la transmisión y la inscripción de la titularidad del inmueble a favor del cesionario.

El problema en nuestra opinión tendría solución siempre que la madre y viuda a favor de la que se constituyó la prohibición de disponer, renuncie a

ella, y se cancele en el Registro de la Propiedad.<sup>437</sup> La cancelación es una cuestión fundamental dado que la inscripción de la prohibición tiene carácter constitutivo y supone el cierre registral. Una vez que la madre renuncia a la prohibición, el hijo puede formalizar el contrato de cesión de solar por obra futura con el cesionario.

**b) Prohibición de disponer hasta que el propietario que adquiere la finca por testamento o donación cumpla la mayoría de edad.**

En este supuesto nos podemos encontrar con las mismas situaciones que en el supuesto anterior, en cuanto al interés de adquirir el inmueble por una promotora a cambio de entregar obra futura. Pero además, nos encontramos con un propietario menor de edad. Puede ser propietario sobre la totalidad de la finca o sobre una parte, pero la prohibición de disponer según el causante o el donante, lo es sobre toda la finca. La causa justa de esta prohibición es proteger el interés del menor.<sup>438</sup> La prohibición así constituida, tendrá carácter temporal ya que el menor con el transcurso del tiempo, alcanzará la mayoría de edad. Sin embargo, quizás para esa fecha, no exista una gran actividad económica y no sea interesante su adquisición e incluso pueda perder el valor que tiene en ese momento. La cuestión que se plantea en este supuesto, es si es factible, que el menor pueda renunciar y así poder formalizar un contrato de cesión de solar sobre dicho inmueble.

---

<sup>437</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *Las prohibiciones de disponer... op. cit.* pg. 158.

<sup>438</sup> Recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. (BOE de 23.07.2015). DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel. en “La LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: otra ley sin recursos económicos para su ejecución. [http:// hayderecho.com/2015/09/20/la-lo-82015-de-modificacion-del-sistema-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia-otra-ley-sin-recursos-economicos-para-su-ejecucion/](http://hayderecho.com/2015/09/20/la-lo-82015-de-modificacion-del-sistema-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia-otra-ley-sin-recursos-economicos-para-su-ejecucion/) considera que: “El objetivo principal se centra en el establecimiento de medidas concretas para la protección de los menores ante problemas que van surgiendo en la realidad social y que hay que resolver. Se articulan mecanismos protectores que van acompañados de la facilitación de servicios accesibles en todas las áreas que afectan a su desarrollo, pensando siempre en el interés del menor, terreno en el que se avanza y se concretan nuevos derechos y deberes, que antes estaban centrados en el ámbito del Derecho Privado y donde el Derecho Público se inmiscuye. Esta Ley define y concreta el principio general de Derecho del interés superior del menor, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que con decisiones importantes actuales y originales ha ido configurando su alcance. Recoge, cuatro criterios jurisprudenciales, teniendo en cuenta determinados elementos. La regulación en este punto ha sido cuidada, precisa y resolutive pues en los casos que no haya previsto deja el criterio de interpretación acertadamente a la Jurisprudencia, con doctrina consolidada al respecto.”

En este supuesto, se entremezclan dos cuestiones, por un lado la minoridad del propietario o del comunero, por lo que tiene limitada su capacidad de obrar y por otro, la propia prohibición de disponer.

En relación a la primera de las cuestiones opinamos que si el menor de edad tiene dieciséis años, se le puede emancipar mediante escritura pública otorgada ante notario o comparecencia ante el Juez del Registro Civil, en virtud del art. 166 del CC. Conforme al art. 323 <sup>439</sup>del CC al poder enajenar los bienes puede también renunciar a la prohibición de disponer con el consentimiento de sus padres de tal forma que una vez hecha la renuncia y cancelada la inscripción de la prohibición, se podría formalizar el contrato de cesión de solar por obra futura.

Si el menor no tiene la edad de emancipación ni está próximo a cumplir los dieciséis años, la cuestión que se plantea es si los padres pueden renunciar a la prohibición de disponer establecida a favor del hijo menor de edad. Consideramos que los padres pueden solicitar autorización judicial para renunciar al derecho constituido a favor del hijo, porque tal y como establece el art. 166 del CC, <sup>440</sup>existen razones de utilidad y no supone ningún perjuicio para el menor, pues al formalizar el contrato de cesión de solar por obra futura, (por supuesto también con autorización judicial), va a adquirir otro inmueble. En este supuesto, parece razonable, solicitar las dos autorizaciones judiciales a la vez, y en todo caso entiendo que el Juez debería autorizarlas condicionando la autorización al aseguramiento del cumplimiento de su obligación respecto al menor con aval bancario además de con cualquier otra garantía de carácter real que pueda constituirse.

---

<sup>439</sup> El art. 323 del CC dice: “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad, no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles ni establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de los padres y a falta de ambos sin el del curador”

<sup>440</sup> El art. 166 del CC dice: “Los padres no podrán renunciar a los derechos de los que los hijos sean titulares ni enajenar ni gravar sus bienes, ni establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal...”

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiere cumplido los dieciséis años y consintiere en documento público ni para la enajenación de valores siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.”

Sin embargo CANO MARTÍNEZ DE VELASCO<sup>441</sup> entiende que en estos casos en los que coincide el sujeto pasivo y la persona a cuyo favor se establece la prohibición no se puede renunciar por lo que habría que esperar a que hubiera cumplido la mayoría de edad. Este mismo autor <sup>442</sup>sostiene que el Juez puede levantar una inscripción de prohibición de disponer inscrita que no proceda de una incapacidad de obrar.

En nuestra opinión, entendemos que las prohibiciones de disponer, afectan negativamente al tráfico inmobiliario, y por tanto han de ser entendidas restrictivamente, por lo que en el supuesto que contemplamos de un contrato de cesión de finca por obra futura, no se perjudica al menor, puesto que se cambia un inmueble o parte de él por otro futuro, por lo que no se vulnera la justa causa que movió al testador o donante a establecer esa prohibición como es salvaguardar el interés del menor por su inmadurez a causa de la edad. En ocasiones, impedir la posibilidad de renuncia en estos casos, puede producir más perjuicios que beneficios para los intereses del menor.

**c) Prohibición de disponer por parte del marido o la mujer establecido en capitulaciones matrimoniales.**

En este supuesto entendemos que dado que la prohibición se constituyó por acuerdo entre las partes, su renuncia tendrá que realizarse también por mutuo acuerdo en documento público y cancelando la inscripción.

Por último, con carácter general en cuanto a los efectos de la transmisión de un bien inmueble con prohibición de disponer inscrita, no es nula sino anulable <sup>443</sup> precisamente por la posibilidad de renunciar a la prohibición de disponer.

---

<sup>441</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *Las prohibiciones de disponer... op. cit.* pg. 160.

<sup>442</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *Las prohibiciones de disponer...op.cit.* pg. 150.

<sup>443</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *Las prohibiciones de disponer...op. cit.*pg. 159

## **7. LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.**

La cancelación registral de la condición resolutoria expresa puede realizarse, bien por haberse cumplido la obligación que garantizaba, bien por incumplimiento de la obligación, o bien por el mero acuerdo de las partes, con independencia de su cumplimiento o incumplimiento.

Este último supuesto es el menos frecuente, pues va contra la esencia del propio establecimiento de la condición resolutoria, que es garantizar la posición del cedente frente al cesionario. Aún así, hay supuestos tales como el que recoge la STS de 28 de noviembre de 2006 <sup>444</sup>, que se inicia por demanda de una compradora de una vivienda a la parte cesionaria, quién había acordado con el cedente la construcción de un edificio, estableciéndose una cláusula resolutoria que se inscribió en el Registro de la Propiedad.

Posteriormente, también mediante escritura pública, cedente y cesionario, acuerdan dejar sin efecto la condición resolutoria, aunque ésta modificación no se inscribió. A pesar de ello, el T.S admite la cancelación de la hipoteca al considerar la existencia de un entendimiento de las partes en perjuicio de terceros, en este caso, la compradora demandante. Sin embargo, la RDGRN de 5 de abril de 1990<sup>445</sup>, en un supuesto en el que las partes acuerdan la cancelación de la condición resolutoria expresa antes de que se produzca el acontecimiento establecido en ella, admite la resolución pero con la consiguiente permanencia de los asientos de embargo, dejando a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se practicó la anotación de embargo.

En cuanto a la cancelación de la condición resolutoria expresa por incumplimiento del cesionario, en principio, para obtener la resolución no es necesario, acudir a la vía judicial, para reinscribir la finca a nombre del cedente. El art. 59 del R.H permite de pleno derecho la resolución del contrato, cuando las partes han estipulado una condición resolutoria, estableciendo para la reinscripción a favor del vendedor o de sus causahabientes, la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de la resolución, y que se acompañe el título del vendedor.

---

<sup>444</sup> STS Sala 1ª de 28 de noviembre de 2006 (RJ 2006,8147)

<sup>445</sup> RDGRN de 5 de abril de 1990. BOE 08.06.1990

El art. 1123 del Código Civil, determina que las partes deben reintegrarse lo que cada una hubiere percibido, ya que los efectos son *ex tunc*, por tanto cada parte deberá volver a la situación anterior, como si el contrato no se hubiere celebrado.

Del examen de estos preceptos, la DGRN ha sentado los requisitos necesarios, para poder reinscribir la finca a nombre del cedente. Así en la RDGRN de 14 de septiembre de 2000 <sup>446</sup>, en la que se denegaba la reinscripción de la finca a favor del cedente, por la alteración sustancial del marco fáctico y jurídico al haber desaparecido las fincas primitivas y ser sustituidas por los diversos componentes que integran la división horizontal, y desprenderse del contenido del Registro, la existencia de terceros acreedores (hipoteca, anotación de embargo, y anotación de suspensión de pagos), lo que por un lado hace imposible la reposición de la situación a su estado primitivo, y por otra revela la existencia de intereses necesitados del indispensable amparo judicial.

Esta Resolución resuelve, que el nuevo marco fáctico, la inscripción de la obra nueva y la constitución de la propiedad horizontal, no impide la constancia de la resolución, y tampoco el nuevo marco jurídico, dado que los asientos posteriores existentes como la suspensión de pagos, embargo o hipotecas, deben subsistir.

### **7.1 Requisitos para la reinscripción de la finca a nombre del cedente.**

Uno de los efectos que produce la cancelación de la condición resolutoria expresa e inscrita en el Registro de la Propiedad, es la reinscripción de la finca a nombre del cedente. La DGRN exige en el contrato de cesión de solar por obra futura, los requisitos establecidos en el art. 175.6 del RH para la cancelación de la condición resolutoria en una compraventa con parte del precio aplazado, que aplica por analogía. Entre las más recientes se encuentra la RDGRN de 19 de julio de 2007 <sup>447</sup> establece los requisitos necesarios para obtener la reinscripción a favor del transmitente como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria.

1.-Debe aportarse el título del vendedor conforme al art. 59 RH, es decir, el título de transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada.

---

<sup>446</sup> RDGRN de 14 de septiembre de 2000. (BOE 24.10.2000).

<sup>447</sup> RDGRN de 19 de julio de 2007. (BOE 07.08.2007).

2.-La notificación judicial o notarial hecha al adquirente pro el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución. En caso de que se produzca la oposición del adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es la existencia de un incumplimiento grave, que haya frustrado el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta. Pero puede, que el cesionario no se oponga rotundamente a la resolución, o no exista un allanamiento indubitado, en estos casos, el Registrador va a considerar que no existe una voluntad clara por parte del cesionario de no oposición a la resolución, por lo que el cedente, no tendrá más oportunidad que proceder a la resolución judicial.

Así, sucede en la RDGRN de 17 de mayo de 2013<sup>448</sup>, en un supuesto en el que si bien la entidad cesionaria no se oponía a la resolución extrajudicial, sin embargo emplazaba en una fecha determinada al cedente en la Notaría para proceder a la resolución con el cumplimiento de determinados requisitos. El Registrador, deniega la reinscripción entendiendo que no ha existido allanamiento por parte de la cesionaria.

La DGRN acoge la resolución del Registrador, y considera que de la declaración del representante de la sociedad cesionaria contestando al requerimiento de resolución resulta su voluntad de resolver el contrato mediante la manifestación de su voluntad ante Notario, en escritura pública, y su voluntad de que se haga mediante el cumplimiento de determinados requisitos. Por ello, entiende que no existe allanamiento como afirmación incondicional de aceptación de las pretensiones del requirente, concluyendo que no se dan los requisitos exigidos por el ordenamiento para la inscripción del dominio a favor de quién lo solicita. En relación a este supuesto, en nuestra opinión, sería posible la resolución mediante escritura otorgada por las partes en las que acuerden la resolución conforme a los requisitos que establezcan.<sup>449</sup>

---

<sup>448</sup> RDGRN de 17 de Mayo de 2013. (BOE 26.06. 2013).

<sup>449</sup> Así lo entiende, ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. “Comentario a la Resolución de 4 de febrero de 1988” RCDI, 1988, núm. 585. pg.1364. Distingue este autor dos procedimientos para obtener la resolución de la compraventa. a) *procedimiento unilateral*:

3.-El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución conforme al art. 175.6 RH.<sup>450</sup>

Puede suceder que las partes, en el contrato hayan estipulado una cláusula penal para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, por la que el cedente pueda hacer suya la totalidad o parte de las cantidades entregadas por el cesionario. En este supuesto el cedente no puede hacer deducción alguna de la cantidad que deba ser consignada, en aplicación de la cláusula penal, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el art. 1154 C.C, sin que quepa pactar otra cosa en la escritura. ROVIRA JAÉN ha criticado el requisito de la devolución de las cantidades que el cedente deba detraer en virtud de la cláusula penal pactada, alegando para ello, que este criterio favorece al contratante moroso, impidiendo al contratante cumplidor, la obligación de consignar todo lo recibido, sin tener en cuenta la voluntad de las partes.<sup>451</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS también propugna que sólo debe consignarse el remanente de la detracción, con el fin de que, en lugar de que la parte cumplidora tenga que consignar la totalidad del precio, se propone que sea el comprador

---

*1º Fase previa que comprende:*

*-Decisión Unilateral del vendedor de resolver el contrato y readquirir la finca y consignación de su voluntad en acta notarial de requerimiento al comprador. Si este no está de acuerdo queda obstaculizado el procedimiento unilateral y extrajudicial.*

*-Consignación por el vendedor de la parte del precio recibida. Esta se hace a favor de todos los que tengan interés en la cosa, comprador o titulares de gravámenes. Como el comprador no es el único favorecido, carece de virtualidad para eximir al vendedor de la consignación.*

*2ª Fase registral, que comprende la solicitud de cancelación de los derechos que traen causa del comprador y de reinscripción de la finca a favor del vendedor y la práctica de los asientos registrales solicitados. En caso de que no haya terceros el comprador sí que podrá eximir de la consignación.*

*3º Fase Judicial, comprende la decisión judicial sobre la cláusula penal, en su caso, y la percepción de la parte de precio a la que no afecte la cláusula penal por los interesados.*

*b)Procedimiento bilateral, comprende:*

*1º Otorgamiento de escritura pública en que conste: 1) El consentimiento del comprador de retransmitir la finca al vendedor, y el de éste de readquirirla; 2) La declaración del comprador sobre la recuperación de las cantidades entregadas en pago parcial del precio convenido; 3) El consentimiento de los titulares de las cargas o derechos que traigan causa del comprador, o la asunción por el vendedor de tales cargas o derechos a los que continuará afecta la finca.*

*2º Inscripción de la escritura en el Registro.*

<sup>450</sup> El art. 175.6 RH establece: “Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse si resulta inscrita la causa o rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o casa oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos, que con las deducciones que en su caso proceda ha de ser devuelto.”

<sup>451</sup> ROVIRA JAÉN, Francisco Javier. *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles. (Su razón histórica)* Civitas. Madrid. 1996. pg. 294.



o los terceros los que planteen la revisión del art. 1154 del CC y reclamen la parte de la suma retenida como indemnización que proceda después de la moderación judicial<sup>452</sup>

En este mismo sentido se pronuncian también las RRDGRN de 28 de junio de 2011; 29 de junio de 2011; 12 de marzo de 2012 y, más recientemente, la de 17 de junio de 2013<sup>453</sup>.

En nuestra opinión, por la propia naturaleza del contrato de cesión de solar, el último de los requisitos es de difícil cumplimiento en los supuestos en los que el solar se encuentre edificando o en fase de edificación por lo que la reinscripción en estos casos no será posible. La eficacia de la condición resolutoria, en estos casos, está muy debilitada y el cedente deberá acudir al procedimiento judicial correspondiente.

## **7.2 Situaciones que pueden surgir en la reinscripción del solar a nombre del cedente.**

Los pactos que hayan recogido las partes en el contrato en virtud del principio de autonomía de la voluntad, también van a influir en la posibilidad o no de reinscripción del inmueble a nombre del cedente cuando se produce la ejecución de la cláusula resolutoria expresa. Es habitual que las partes establezcan para el supuesto de incumplimiento del cesionario a través de una cláusula penal de manera que el cedente haga suyas las cantidades entregadas como parte de la prestación cuando además de la entrega de inmuebles se pacta también una entrega de dinero. En otras ocasiones también puede pactarse como cláusula penal que el cedente haga suya sin indemnización al cesionario de la obra efectuada. Así, se pueden distinguir varios supuestos que vamos analizar: contrato de cesión de solar en el que las partes no han pactado cláusula penal, contrato de cesión de solar con pacto de cláusula penal de las cantidades entregadas como parte de la prestación, y contrato de cesión de solar en el que se pacta como cláusula penal que el cedente haga suya la obra sin indemnización al cesionario.

---

<sup>452</sup> RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio. “Algunos aspectos de la Lex Comisoria.” *RCDI*. núm. 464.1968. pg. 93.

<sup>453</sup> RDGRN de 28 junio de 2011; (BOE 07.10.2011); RDGRN de 29 de junio de 2011 (BOE 07.10.2011); RDGRN de 12 de marzo de 2012. (BOE 07.05.2012); RDGRN de 17 de junio de 2013. (BOE 26.07.2013).

### **7.2.1 Contrato de cesión de solar cuando las partes no han pactado cláusula penal.**

Este supuesto es el más sencillo, ya que cumpliendo los requisitos establecidos por la DGRN el cedente puede reinscribir registralmente el solar a su nombre.

### **7.2.2.-Contrato de cesión de solar con cláusula penal de pérdida de cantidades entregadas por el cesionario al cedente.**

En este supuesto, el cedente debe poner a disposición del cesionario las cantidades dinerarias que le fueron entregadas por el mismo, sin poder deducir las cantidades que en concepto de cláusula penal se hayan establecido, en virtud de que la pena puede ser moderada por el Juez en virtud de lo establecido en el art. 1154 CC.

### **7.2.3.-Contrato de cesión de solar con cláusula penal de pérdida de la obra edificada a favor del cedente.**

En este supuesto, el Centro Directivo no permite la reinscripción del solar ni la inscripción de la edificación realizada sobre el mismo a favor del cedente, pese a que las partes mediante cláusula penal así lo hubieren acordado. Esto es así, porque en estos casos, también aplica los requisitos exigidos con carácter general para la reinscripción a favor del cedente, cuando existe entrega dineraria, en virtud del art. 1123 CC, que establece el deber de restituirse las partes lo que se hubiera percibido. Ello implica que el cedente no tendrá más alternativa, que recurrir a los tribunales para la resolución del contrato, y que sea el juzgado el que decida en relación a la moderación o no de la pena (ex art. 1154 CC) y, en su caso sobre la posibilidad o no de hacer suya el cedente la totalidad de lo edificado.

A este supuesto se refiere la RDGRN de 14 de abril de 2014<sup>454</sup>, en un supuesto de incumplimiento por parte de la entidad cesionaria, los cedentes mediante acta autorizada notarialmente, solicitaban la reinscripción del dominio, tanto del solar cedido como de la obra nueva declarada e inscrita, a favor de los transmitentes a causa de incumplimiento. La condición resolutoria, pactada e inscrita, establecía que en caso de cumplimiento de la misma, los cedentes recuperan el pleno dominio del solar transmitido y hacen suyo por accesión todo lo edificado, renunciando el cesionario a la

---

<sup>454</sup> RDGRN de 14 de abril de 2014. (BOE 13.05. 2014).

moderación judicial de la indemnización por cumplimiento parcial prevista en el art. 1154 del CC.

El acta notarial fue presentada en el Registro, denegando el registrador la reinscripción del solar y de la obra edificada, al entender que no se había cumplido el requisito de la liquidación, compensación o de ser posible, retirada de la contraprestación, que al menos parcialmente parece haber verificado el contratante.

Entiende el registrador que este requisito debe cumplirse aunque las prestaciones no sean dinerarias. Considera además, que este requisito no puede dejar de cumplirse aunque exista acuerdo de las partes, estipulando que, en caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, el que insta podrá quedarse con lo que hubiese prestado o aportado la contraparte, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el art. 1154 del CC.

Los cedentes recurren la calificación ante la DGRN que confirma lo alegado por el Registrador, justificando la exigencia de este requisito, porque la resolución produce de una y otra parte, el deber de restituirse lo que se hubiera percibido, según el art. 1123 CC. En definitiva, considera que es un deber que impone recíprocas prestaciones y que, los contratantes sólo están legitimados para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba.

En nuestra opinión, una vez analizado el comportamiento de la cláusula resolutoria expresa pactada, en relación a la protección del cedente, puede establecerse, que aunque brinda al cedente una protección contra terceros, por los efectos retroactivos que en caso de incumplimiento conlleva, no es menos cierto que el ejercicio de la misma, no está exento de dificultades debido a la transformación física y jurídica que puede sufrir el inmueble cedido; como consecuencia de ello su restitución en ocasiones, supondrá para el cedente un tortuoso proceso judicial, que resta eficiencia a la condición resolutoria expresa. Pero aún así nos parece importante para la protección del cedente el pacto de este tipo de condición.

## 8. LA CANCELACIÓN POR CADUCIDAD REGULADA EN EL ART. 82.5º DE LA LH. UN SUPUESTO ESPECIAL DE CANCELACIÓN.

El art. 82.5º de la LH se refiere a la posibilidad de cancelación de una condición inscrita mediante la presentación de una instancia en el Registro de la Propiedad, cuando transcurra el plazo previsto para la prescripción de las acciones derivada de estas garantías, o el más breve que las partes hubieren establecido. El fundamento de este artículo es la necesidad de evitar la perpetuación, en el Registro y en perjuicio de tercero, de gravámenes extinguidos.

La cuestión que se plantea es si es aplicable este artículo a la cancelación de una condición resolutoria explícita pactada en un contrato de cesión de solar por obra futura. El art. 82.5º se refiere a las garantías del precio aplazado conforme al art. 11 de la LH. Recientemente ha sido aprobada la Ley 13/2015 de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro,<sup>455</sup> cuya entrada en vigor está prevista para el 15 de noviembre de 2015. La redacción del art. 11 de la LH. hace referencia expresa a la condición resolutoria en caso de aplazamiento de la prestación del cedente, cuando debiera realizarse en especie. Por su parte el art. 13 del RH, se refiere también a la constancia registral de la condición resolutoria expresa en garantía del cumplimiento de este tipo de permuta conforme al art. 11 de la LH.

La RDGRN de 25 de marzo de 2014,<sup>456</sup> se refiere a un supuesto de cancelación de condición resolutoria expresa, por el transcurso del plazo establecido para el ejercicio

---

<sup>455</sup> Ley 13/2015 de 23 de junio de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro. (BOE 25.06.2015).

<sup>456</sup> RDGRN de 25 de Marzo de 2014. (BOE 29.04.2014). En su fundamento de derecho 4 dice:

*“La referencia que en el último inciso del art. 13 del RH (en la parte vigente tras la Sentencia de 31 de enero de 2001), hace a la inscripción de las garantías reales que se hubiesen pactado para garantizar la contraprestación a la cesión de solar, debe entenderse pues a los efectos de dotar de eficacia frente a terceros al derecho del cedente. Contribuye además a la misma conclusión el concepto de precio que recoge la legislación hipotecaria, y que como dice el Registrador en su informe es distinto al de contraprestación, así el art. 10 de la Ley Hipotecaria señala el precio como una circunstancia esencial para las inscripciones de contratos en que hayan mediado precio o entrega en metálico, debiendo hacerse constar el que resulte del título, y la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago. El artículo 58 del Reglamento Hipotecario, al referirse al precio aplazado, regula el pago de cantidades por cuenta o saldo del precio aplazado o abono de las diferencias en las permutas o adjudicaciones en pago, pudiendo hacerse constar este hecho por medio de una nota marginal. El propio artículo 11 se refiere al aplazamiento de pago “conforme al artículo anterior” haciendo alusión a la permuta solamente “cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie” por otra parte, el citado artículo 13 del Reglamento Hipotecario, único de referencia específica a la permuta de solar por obra futura, habla de contraprestación.*

*Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el pago del precio en la compraventa, en el caso de este tipo de permuta concurren muy diversas circunstancias que pueden impedir tanto la apreciación indubitada del cumplimiento o incumplimiento de la obligación, por ejemplo en casos de cumplimiento parcial o en forma distinta a la pactada, o de mora debida al retraso en la concesión de licencias, etc.,*

de las acciones judiciales pertinentes. El propietario de una finca la había cedido a una promotora a cambio de la entrega de tres viviendas, identificadas, y seis plazas de garaje del edificio a construir. La cesión se formaliza en escritura pública otorgada el día 12 de julio de 1991, estableciéndose como plazo de entrega de la prestación del propietario la de 31 de mayo de 1993. El cedente, solicita la cancelación de esta condición resolutoria expresa mediante instancia presentada en el Registro, al haber transcurrido el plazo de veinte años previsto para el ejercicio de las acciones judiciales. El Registrador deniega la cancelación, basándose en que el art. 82.5º de la LH, solo es aplicable a las compraventas de inmuebles con precio aplazado, pero no a las permutas por obra futura.

El cedente recurre ante la DGRN, basando sus alegaciones en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre<sup>457</sup> y en el art. 177.2 del RH, según la redacción dada por el citado Real Decreto, artículo que fue declarado nulo por la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001.<sup>458</sup> La DGRN vuelve a denegar la cancelación alegando que lo establecido en el art. 82.5º de la LH, tiene carácter excepcional, y por

---

*como la restitución de las prestaciones, por ejemplo, en el caso de construcciones comenzadas y no terminadas, o como sucede en el caso de este expediente, el hecho de figurar inscritos a favor de otras personas las viviendas que originariamente debió recibir la cedente. Dichas circunstancias en la mayoría de los casos sólo pueden apreciarse si hay pacto entre las partes o por vía judicial. Y de hecho hay profusa Jurisprudencia en la materia.*

*Por lo tanto la interpretación teleológica de las disposiciones reseñadas unida al carácter ciertamente excepcional del sistema de cancelación previsto en el art. 82.5º de la LH, reiterado por esta Dirección General en distintas Resoluciones, entre ellas la de 26 de Abril de 2006, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, permiten concluir que dicho artículo, no es aplicable a la cancelación de condición resolutoria para garantizar el cumplimiento de la contraprestación en la permuta de finca por obra futura.”*

<sup>457</sup> La Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre dice: “*Se regula una necesidad sentida socialmente, que es la posibilidad de cancelación de derechos inscritos sometidos en cuanto a su ejercicio a un plazo determinado de caducidad (opciones de compra, retractos convencionales, etc.), una vez transcurridos cinco años desde el vencimiento pactado, de manera que no sólo los asientos que en sí mismo caduquen puedan ser cancelados de oficio por el Registrador (caso de anotaciones preventivas), sino también aquellos otros relativos a derechos sometidos a caducidad en su ejercicio, al margen de lo que pueda haber ocurrido extrarregistralmente, fiel al principio de inoponibilidad respecto de terceros de lo no inscrito (art. 177). Este mismo criterio, se extiende a la condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado en la compraventa de inmuebles y también a la hipoteca, si bien el plazo para que se produzca su cancelación si no consta registralmente su ejercicio, se considera que tiene que ser superior, dado el superior plazo de prescripción de las acciones personales (quince años) y de la acción hipotecaria (veinte años)”*”

<sup>458</sup> STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001. Recurso contencioso-administrativo 507/1998. (RJ 2001,1083). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, que en el fundamento de derecho decimoséptimo dice: “*La imposibilidad, ya expresada en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución, de que determinemos la forma en que habría de quedar redactado el párrafo segundo del art. 177.2 del RH para preservar su legalidad, no deja otra alternativa que la declaración de su nulidad de pleno derecho, ya que el último inciso de dicho apartado se refiere tanto al supuesto contemplado en el primer párrafo del artículo, cuya legalidad nos parece evidente por las razones expuestas, como al caso del párrafo segundo, cuya ilegalidad acabamos de poner de manifiesto por no respetar el plazo de prescripción de las acciones personales en los territorios forales de Navarra y Cataluña, a los que se extiende el sistema de cancelación de los asientos por caducidad previsto en dicho precepto del RH.”*”

tanto su aplicación es restrictiva, aplicándose a las compraventas de bienes inmuebles con precio aplazado. La DGRN haciendo una interpretación teleológica de la propia Exposición de Motivos antes mencionada, deduce que la cancelación del art. 82.5º de la LH, se refiere expresamente a las condiciones resolutorias en la compraventa de bienes inmuebles, por lo que el legislador excluye claramente las condiciones resolutorias que garanticen otros contratos.

Nos planteamos como consecuencia de lo anterior, si el art. 11 de la LH. en su nueva redacción por la Ley 23/2015 de 23 de junio en vigor a partir del 15 de noviembre de 2015, permite la posibilidad de la cancelación de la condición resolutoria expresa en el contrato de cesión de solar por obra futura. En nuestra opinión consideramos, que esta modificación no influye en la cancelación del art. 82.5º de la LH, pues lo único que hace el nuevo art. 11 de la LH, unificar en un solo artículo, los artículos 10 y 11 de la L.H, pero respecto al fondo, no introduce ninguna novedad, salvo la acreditación de los medios de pago utilizados. El art. 11 de LH, según la redacción de la Ley 23/20015, <sup>459</sup> equipara expresamente en cuanto a su constancia registral las condiciones resolutorias por el aplazamiento de pago pactadas en los contratos de compraventa y en la permuta, como ya lo hacía en art. 11 de la LH antes de esta última reforma.

Nos parece totalmente acertada, la denegación de la cancelación de la condición resolutoria de un contrato de cesión de solar mediante la presentación de una instancia registral como indica esta RDGRN analizada, porque a nuestro juicio se vulneraría no sólo el principio de seguridad jurídica sino también pueden vulnerarse los derechos de los interesados y de terceros. No debe olvidarse que la figura que nos ocupa, se encuentra sometida a un proceso de edificación y que en muchos casos incluso la realidad registral no coincidirá con la realidad extrarregistral. Puede darse el caso que el edificio se encuentre totalmente construido y vendido en contrato privado a terceros, o

---

<sup>459</sup> Art. 11 de la LH según redacción de la Ley 23/2015 de 24 de Junio de 2015: *“En la inscripción de los contrato en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, debiendo acreditarse los medios de pago utilizados en la forma establecida en los artículos 21,254,255 de esta Ley.*

*La expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se le garantice aquel con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas.*

*Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie.*

también que la contraprestación consistente en inmuebles se hubiera entregado al cedente. También puede suceder que el edificio se encuentre totalmente terminado pero exista un incumplimiento parcial o leve que no implique necesariamente la resolución del contrato. Todas estas posibles situaciones, pueden afectar derechos que son dignos de protección.

Como conclusión opinamos que el art. 82.5° de la LH, no es aplicable al contrato de cesión de solar por obra futura, por lo cual la cancelación de una condición resolutoria expresa e inscrita deberá realizarse por los cauces legalmente admitidos. Esto es, por acuerdo entre las partes o por resolución judicial. El art. 82.5° de la LH, fue pensado por el legislador para cancelar condiciones resolutorias cuya vigencia no entrañara dudas por existir una evidencia clara de que la obligación garantizada por condición resolutoria expresa ya se había cumplido, o que el transcurso del tiempo hacía decaer el derecho de la persona a cuyo favor se inscribió.

## **9. EFECTOS DE LA CANCELACION FRENTE A TERCEROS.**

Declarada la resolución de una permuta por el ejercicio de la condición resolutoria expresa, la cuestión es determinar si es posible cancelar los asientos que gravaban el dominio resuelto, cuando los titulares de esos derechos no han intervenido en el procedimiento. Puede entenderse, que constando inscrita la resolución en el Registro de la Propiedad, desaparecen los efectos producidos por el art. 34 de la LH en relación a los terceros que tienen inscrito algún asiento, ya sea de dominio, derecho real o carga y gravámenes. Sin embargo, la DGRN, sostiene la postura, de no cancelar los asientos inscritos posteriormente a la condición resolutoria si los terceros titulares de los mismos no han intervenido en el procedimiento.

En estos supuestos, se practica la reinscripción de la finca, pero suspende la cancelación de cargas posteriores, dado que los asientos registrales se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales conforme al art. 1 de la LH, necesitándose por tanto el consentimiento de los interesados, o bien, debe iniciarse un procedimiento judicial al que deberán ser citados los interesados, conforme al art. 14 de la LEC.

No obstante lo anterior, ya en la vía judicial la mera anotación de demanda de resolución contractual anterior a la adquisición de los terceros impedirá que éstos

puedan alegar buena fe, aún cuando la anotación del embargo trabado por ellos fuese anterior a aquella, por no atribuir la anotación de embargo los efectos hipotecarios de fe pública registral.<sup>460</sup>

La postura de la DGRN puede sintetizarse en los siguientes supuestos y resoluciones:

a) Cancelación de inscripciones de dominio posteriores: El adquirente sujeto a condición resolutoria, puede transmitir la finca a terceras personas. En este caso estando la condición resolutoria inscrita en el Registro, si ejercita la resolución del contrato y se cancela la inscripción de todos los adquirentes posteriores tienen que ser demandados y citados estos adquirentes. Así se pronuncia la RDGRN de 1 de abril de 2011.<sup>461</sup>

b) Cancelación de cargas posteriores: En este supuesto, también ha de citarse en el procedimiento judicial a los titulares de las mismas, conforme establece la RDGRN de 6 de julio de 2012.<sup>462</sup>

En este mismo sentido, se pronuncia la RDGRN de 17 de junio de 2012,<sup>463</sup> en un supuesto en el que se presenta en el Registro un auto de homologación de transacción judicial acompañado de mandamiento judicial en el que se declara resuelto un contrato de compraventa. El mandamiento judicial, ordena la reinscripción de la finca, así como la cancelación de las inscripciones de derechos reales y anotaciones de embargos practicados sobre el dominio resuelto. Dado que no han sido parte en el procedimiento los titulares de estas cargas, el Registrador entiende que no pueden cancelarse a pesar del auto judicial, porque expresamente considera que los terceros titulares de los asientos registrales deben ser tenidos en cuenta en la transacción y deben dar su conformidad a la misma.

Los argumentos realizados por la DGRN en estas tres resoluciones son idénticos, y así expone, que los efectos de la sentencia o auto de homologación transaccional se concretan a las partes contratantes; que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de los titulares o una sentencia firme dictada en juicio

---

<sup>460</sup> PÉREZ GURREA, Rosana. *“La permuta de solar por edificación futura en la contratación inmobiliaria”*. 1.5 Obligaciones y contratos. *RCDI*. núm. 737. pg. 1962.

<sup>461</sup> RDGRN de 1 de abril de 2011. (BOE 04.05. 2011).

<sup>462</sup> RDGRN de 21 de junio de 2012. (BOE 26.06.2012)

<sup>463</sup> RDGRN de 17 de julio de 2012. (BOE 03.10. 2012).



declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos y en ninguno de esos supuestos se ha solicitado anotación de demanda. Por otro lado, la DGRN afirma en estas resoluciones, que aunque la ley obliga a cumplir las resoluciones judiciales firmes, entienden que en relación a los documentos inscribibles deben cumplirse las exigencias del sistema registral. En este caso, el tercero al que puede afectar la cancelación ha de dar su consentimiento o tener conocimiento de ella mediante el correspondiente procedimiento judicial.

Sin embargo los Tribunales vienen pronunciándose en sentido contrario, entendiendo que al desplegar sus efectos la condición resolutoria expresa las cargas deben cancelarse automáticamente. Así lo establece la STS de 16 de febrero de 2000,<sup>464</sup> y más recientemente la SAP de Barcelona de 4 de junio de 2013,<sup>465</sup> cuando en un supuesto de resolución de contrato de cesión de solar, razona que dado que la condición resolutoria es anterior a la inscripción de los embargos existentes, y a la recuperación del cedente la propiedad de la finca cedida, las cargas deberían cancelarse de forma automática, sin necesidad de realizar expresa declaración en ese sentido.

En nuestra opinión en la práctica, considerando la postura que mantiene la DGRN en las anteriores Resoluciones, si el cedente no demanda judicialmente a los terceros que tengan inscrita alguna carga a su favor, podrá reinscribir la finca a su nombre, pero el Registro mantendrá los asientos posteriores aunque la Jurisprudencia, establezca que se cancelan automáticamente sin necesidad de declaración judicial en ese sentido. El cedente en esos casos, puede demandar a los interesados o bien esperar a que caduquen las inscripciones correspondientes.

---

<sup>464</sup> STS, Sala 1ª de 16 de febrero de 2000. Sentencia 121/2000. Recurso de Casación 29/1996. (RJ 2000,1150) . Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

<sup>465</sup> SAP de Barcelona, Sección 16ª, de 4 de junio de 2013. Sentencia 321/2013. Recurso de Apelación 917/2011. (RJ 2013,6860). Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª Inmaculada Concepción Zapata Camacho, que en su fundamento de derecho quinto dice: *“Desconocemos en concreto cuales sean los embargos cuya cancelación se pide con manifiesta (por genérica) improcedente, pues no se ha aportado a los autos certificación del Registro de la Propiedad y únicamente se han justificado los trabados a instancia de la Agencia Tributaria sobre las viviendas 1º-1ª, 1º-2ª y 1º-5ª embargos por razón de los cuales interpusieron las Sras. Elisenda y Nuria tercera en vía administrativa con ignorado resultado. Por supuesto, tampoco han sido llamados al proceso ni la propia Agencia Tributaria ni otros hipotéticos anotantes, sobre cuyos derechos es evidente no podemos aquí pronunciarnos. Parece claro sin embargo que, en la medida en que se hubieran trabado embargos con posterioridad a la inscripción de las escrituras de permuta y por tanto al acceso al registro de la condición resolutoria explícita pactada, al desplegar sus efectos esta última y recuperar las actoras el derecho de propiedad sobre la originaria finca cedida conforme a lo decidido en el presente pleito, dichas cargas deberían cancelarse de forma automática, sin necesidad de realizar expresa declaración en tal sentido.”*

## CAPITULO IV

### LA POSICION DEL CEDENTE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO POR EL PROMOTOR.

#### 1. INTRODUCCIÓN

En ocasiones el cesionario por diversos motivos, no cumple con la obligación contraída con el cedente, que sin embargo ha procedido con anterioridad a la transmisión de la propiedad del suelo y a la entrega del mismo, cumpliendo así totalmente con la obligación por él asumida en el contrato. En estos casos, el cedente ha entregado su finca a cambio de una serie de inmuebles por construir, por lo que el solar objeto del contrato se ve sometido a un proceso de transformación física y jurídica que a veces no culmina en los inmuebles comprometidos, lo que viene a complicar la posición del cedente.

A mayor abundamiento al ser el contrato de cesión de solar por obra futura, un contrato atípico y, por tanto, no regulado en el CC, en los supuestos de incumplimiento se ha recurrido a la regulación de la denominada condición resolutoria implícita <sup>466</sup>que en relación a las obligaciones sinalagmáticas realiza el CC en el art. 1124, salvo que las partes contratantes, hubieran establecido una condición resolutoria expresa, que recoja

---

<sup>466</sup>O'Callaghan Muñoz, Xavier. "Las obligaciones unilaterales y recíprocas: examen del art. 1124 CC." *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 2. (Obligaciones y Contratos) Vol. 1. Lección 2ª. pg. 6/9 VLEX-215098. [h/vlex.com/vid/obligaciones-unilaterales-reciprocas-examen-215098](http://vlex.com/vid/obligaciones-unilaterales-reciprocas-examen-215098). (Consultado el 10-07-2014) "En relación a la naturaleza de la resolución del art. 1124 CC, no es de una condición resolutoria, ni de pacto alguno. Se trata de un verdadero derecho subjetivo, que el texto legal llama facultad, que concede la ley, derivado de la reciprocidad de las obligaciones bilaterales o recíprocas, al sujeto que cumple su obligación, en caso de incumplimiento de la recíproca, derecho de resolver ambas obligaciones, que es a su vez optativa, pues puede optar por no pedir la resolución sino el cumplimiento. La diferencia con la condición resolutoria impuesto por pacto es que ésta despliega su efecto automáticamente y no así la facultad resolutoria legal que, si se ejercita, es un acto de voluntad que precisa un proceso para conseguir llevarla a efecto, la sentencia se limita a sancionar dicha resolución." También ALVAREZ VIGARAY, Rafael. "Art. 1124 CC", en *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Cándido Paz-Ares; Luis Díez-Picazo Ponce de León; Rodrigo Bercovitz; Pablo Salvador Coderch. Tomo II. pg. 96 Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid 1991. Entiende el autor que "el art. 1124, regula la incorrectamente denominada condición tácita, y digo incorrectamente porque no constituye una verdadera condición pues opera por voluntad del interesado manifestada con posterioridad a la conclusión del contrato, y además mientras la verdadera condición resolutoria produce ipso iure la resolución, la llamada condición resolutoria tácita no produce automáticamente la resolución del contrato, sino que faculta para pedir que se declare la resolución, si el perjudicado no refiere solicitar el cumplimiento." También MONTES PENADES, Vicente Luis. "Art. 1124 CC." en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigido por D. Manuel Albaladejo García. Editorial Revista de Derecho Privado. pg. 1197, entiende que el art. 1124 CC, "contiene una norma supletoria, que integra la voluntad declarada por las partes en la conclusión de un contrato bilateral y encuentra su aplicación precisamente a falta de una declaración de voluntad que excluya la resolución del contrato entre las consecuencias del incumplimiento."

los hechos que de producirse dan lugar a la resolución y los efectos de dicha resolución ex art. 1123 CC.<sup>467</sup>

En caso de no haberse establecido condición resolutoria expresa, habrá que estar pues a la doctrina y a la jurisprudencia en torno al art. 1124 del CC, y a los supuestos de hecho concretos, pues en virtud del principio de conservación del contrato,<sup>468</sup> no bastará cualquier incumplimiento para resolver el contrato. En este sentido, habrá que delimitar cuándo se produce el incumplimiento, que la doctrina denomina “incumplimiento resolutorio”<sup>469</sup>, y qué consecuencias existen en caso de que el incumplimiento no pueda ser considerado con entidad resolutoria.

En este capítulo en definitiva, trataremos de determinar si el art. 1124 del CC, satisface las aspiraciones del cedente en caso de resolución o es insuficiente y si es más favorable para esta parte, el pacto de una condición resolutoria explícita.

---

<sup>467</sup> MONTÉS PENADES, Vicente Luis. “Art. 1124” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* Tomo XV, Volumen I, pg. 1196-1197 Revista de Derecho Privado. “Nuestro Código con mejor técnica que el francés, se fijó en el proceso o camino que lleva a la resolución y habla por ello, de una facultad de resolver las obligaciones. Tal facultad se traducirá en una acción de resolución, debe ser entendida como un derecho potestativo que, en el fondo, consiste en un poder de desistimiento o de revocación de la relación jurídica. El ejercicio de esa facultad o derecho potestativo de provocar la resolución, a través de la correspondiente acción, es el núcleo del problema que venimos tratando. Desde esta perspectiva parece claro que el artículo 1124 no contiene una norma interpretativa, dado que la interpretación presupone una voluntad manifestada, si bien no claramente. Contiene una norma supletoria, que integra la voluntad declarada por las partes en la conclusión de un contrato bilateral y encuentra su aplicación precisamente a falta de una declaración de voluntad que excluya la resolución del contrato entre las consecuencias del incumplimiento”.

<sup>468</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol. I. parte Estudio. pg. 2. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 1997 BIB 1997\62. Considera el autor, “que una valoración global de la jurisprudencia relativa al incumplimiento resolutorio revela una marcada tendencia a la conservación del negocio. El mantenimiento de su vigencia, ante incumplimientos de escaso relieve que no alcanzan a impedir la utilidad perseguida con su conclusión, ha llevado sin embargo al Alto Tribunal a proclamar como máxima la excepcionalidad de la resolución y a extremar de tal manera el rigor en la determinación de los requisitos exigibles para la apreciación del incumplimiento resolutorio, que difícilmente cabe estimar concurrentes en un concreto incumplimiento todas las características que de aquél han ido predicándose”

<sup>469</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Los incumplimientos resolutorios*. op. cit. pg. 37.

## 2. LA APLICACIÓN DEL ART. 1124 DEL CC. AL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA.

### 2.1 Exigibilidad de la prestación.

El art. 1124 del CC permite al cedente optar entre exigir el cumplimiento o pedir la resolución del contrato.<sup>470</sup> Para que el cedente pueda pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución, previamente ha de haber cumplido con su obligación. En este tipo de contrato, dado que su obligación principal es la transmisión del solar al cesionario o promotor, esta entrega se hace habitualmente junto con la firma del contrato.

En cuanto a la prestación del cesionario, la doctrina se encuentra dividida, pues hay autores que consideran que nos encontramos ante una sola obligación que es la de entregar los inmuebles terminados, y otros autores, que defienden la existencia de dos obligaciones, una principal, que es la entrega de los inmuebles construidos, y, otra, la obligación de construir el edificio, que unos autores denominan obligación subordinada u obligación instrumental.<sup>471</sup>

La adopción de una u otra opinión es decisiva, pues si el cesionario no construye, y se considera que sólo existe una obligación, el cedente no puede exigir la entrega porque lo que tiene que entregar no se ha construido. Por el contrario, si existen dos obligaciones, y, por tanto, el cesionario está obligado a cumplirlas, el cedente puede exigir primero que se construya y luego que se entregue lo construido. Aunque en este segundo aspecto, la doctrina está dividida, pues no todos consideran que el cedente pueda reclamar que se construyan los inmuebles o lo que falte para su terminación a expensas del cesionario.

---

<sup>470</sup> ALVAREZ VIGARAY, Rafael. "Art. 1124 CC" en *Comentarios del Código Civil*. Tomo II. Ministerio de Justicia. *op.cit.* pg. 98. "El requisito previo del cumplimiento del actor es consecuencia de la especial estructura del contrato bilateral, en el que cada una de las partes es, al propio tiempo, acreedora y deudora de la otra, permite el que una de ellas, sin haber cumplido previamente la obligación que le incumbe, exija el cumplimiento al otro contratante, o alegando el incumplimiento de éste, pida la resolución del contrato. Para evitar estos abusos, cuando se demanda la ejecución o cumplimiento sin que el actor haya cumplido previamente la obligación que le incumbe, el deudor puede defenderse con la exceptio non adimpleti contractus, siendo un supuesto especial del ejercicio de la misma su oposición a la resolución por incumplimiento."

<sup>471</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra*. *op. cit.* pgs. 196 y 200.

Nuestra opinión es que es una obligación de resultado final (entrega de la cosa) que exige la conducta de construcción, es decir nos encontramos ante una obligación compleja o “programa de prestaciones.”

En resumen consideramos que es posible que se pueda exigir la finalización de las obras de construcción en virtud de los arts. 1096 y 1098 del CC. Cuestión distinta es si resulta oportuno o interesante para el cedente tal posibilidad. Puede ocurrir que la empresa promotora no tenga medios económicos o bienes con los que responder, con lo cual en principio, el cedente tendría que adelantar el importe de la construcción, aunque generalmente la parte cedente suelen ser particulares, que carecen de la financiación necesaria y de los conocimientos oportunos para concluir con éxito una promoción. Por tanto, deberá valorar en qué fase de construcción se encuentra el edificio para decidir si le interesa o no reclamar la realización de la prestación a la parte cesionaria.<sup>472</sup>

Otro problema que se plantea en relación con la exigibilidad, es el establecimiento del plazo a partir del cual puede el cedente reclamar el cumplimiento de la obligación. Cuando en el contrato figure un plazo concreto de entrega de los inmuebles al cedente, no habrá dudas, pues llegada la fecha de entrega de los inmuebles sin que se haya realizado, el cedente podrá iniciar las acciones judiciales tendentes al cumplimiento.<sup>473</sup> Sin embargo, hay autores que entienden que no es necesario esperar a que se cumpla el plazo fijado, si antes existen deficiencias graves que determinen una frustración segura del interés del cedente<sup>474</sup>.

El problema surge cuando las partes no han pactado una fecha de entrega de los inmuebles; en estos casos, conforme al art. 1128 del CC, los Tribunales pueden señalar el plazo que se deduzca que ha querido otorgar el cedente, teniendo en cuenta la

---

<sup>472</sup> En este sentido, la Ley catalana de 23/2001 de 31 de Diciembre, que regula el contrato de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura, establece en el art. 8.2 que el cedente pueda exigir al cesionario el derribo de la obra a cargo de éste último, si el coste de la finalización o adaptación de las obras ejecutadas a las efectivamente pactadas es superior a la mitad del coste de la construcción prevista.

<sup>473</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. “Art. 1125” en *Comentarios del Código Civil*. Tomo II. pg. 101 Dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch. Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid 1991. Define el plazo, como “*el momento en que la obligación resulta exigible por el acreedor, pues hasta entonces la obligación-existente y válida- pende del advenimiento del momento temporal concreto determinado en el título constitutivo de aquella*”.

<sup>474</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra*. op.cit. pg. 201

naturaleza de la obligación y circunstancias del caso y siempre que sea solicitado por el cedente, tal y como se pronuncia la STS de 15 de junio de 2004.<sup>475</sup>

También puede suceder que el plazo de entrega de los inmuebles se haya pactado a voluntad del cesionario sin especificar un plazo concreto o determinable conforme a lo expuesto anteriormente; en cuyo caso, procede según el párrafo segundo del artículo antes mencionado, que el Juez fije un plazo de duración, pues en otro caso, podría suceder que dejar a la voluntad del cesionario la entrega del inmueble desvirtuaría la reciprocidad de las prestaciones contraviniendo el art. 1256 CC. En ambos supuestos, es imprescindible que sea solicitada a instancia de parte, a diferencia de lo que sucede cuando se aplica el art. 1124.3 del CC, en el que el Juez puede fijar un plazo para la realización de la prestación aún cuando el cedente sólo haya pedido la resolución del contrato por concurrir “justa causa” para ello. Así ocurre en la STS de 22 de abril de 2010.<sup>476</sup>

Supuesto diferente es el que se resuelve en la SAP de Madrid de 19 de julio de 2011,<sup>477</sup> relativo a un contrato de cesión de solar por obra futura cuya resolución se instaba por el cedente, ante la imposibilidad de obtener la preceptiva licencia de obras, fijándose un plazo para la petición de la licencia de urbanización y para la conclusión de las obras, pero no se establecía un plazo para la obtención de dichas licencias.

---

<sup>475</sup> STS (Sala 1ª) de 15 de junio de 2004 (RJ 2004,3850). Esta sentencia distingue entre el art. 1128 y 1124.3 del CC, en el sentido de establecer que *“la determinación judicial del plazo que contempla el art. 1128 del CC exige que se haya pedido por la parte; de lo contrario se daría una incongruencia extra petita, inadmisibile procesal y constitucionalmente.”*

<sup>476</sup> STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2010. Sentencia 242/2010. Recurso de Casación 60/2006. (RJ 2010,3544). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz. En su Fundamento de Derecho segundo establece: *“El planteamiento de la cuestión jurídica debe partir de la calificación del contrato cuyo cumplimiento ha provocado la presente litis. Ya se ha anticipado que se trata de n contrato de permuta por cosa futura, en el que tiene mayor valor la contraprestación de entrega de cinco viviendas que la cantidad dineraria y sobre aquélla versa la discusión. El cumplimiento de este contrato por parte de la sociedad demandante adquirente de la finca no se llevó a cabo; se tuvo que tramitar un expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo y exceso de cabida, pero al tiempo de formularse la demanda (2004) cuatro años después de la celebración del contrato (2000 ) no se habían iniciado las gestiones ante el Ayuntamiento para la recalificación del terreno y tras ello, la realización de los anteproyectos de la construcción. Ante ello, no puede aceptarse que la parte contratante pueda indefinidamente tener en suspenso el cumplimiento de sus obligaciones ya que el contrato ciertamente no previó plazo para ello; sólo lo impuso para cumplir, una vez declarada la finca urbana y realizado el anteproyecto. Pero tampoco como declara la sentencia de instancia, ha incurrido en el incumplimiento contractual sancionable con la resolución contractual. Ante ello, no procede declarar la resolución que es lo más, sino el señalamiento del plazo que contempla el art. 1124 tercer párrafo del CC que es lo menos.”*

<sup>477</sup> SAP de Madrid de 19 de julio de 2011. Sentencia 366/2011. Recurso de Apelación 27/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Pozuelo Pérez. (RJ 2011,338427).

La Audiencia entiende que, estando supeditado el plazo de entrega de las edificaciones a la concesión de licencia, el otorgamiento de esta por la Administración no puede tenerse por algo objetivamente cierto, sino que es una cuestión incierta, de modo que esta previsión contractual opera en realidad como una condición resolutoria negativa, ya que la falta de licencia resuelve el contrato. Entiende la Audiencia que el hecho de que no se fije plazo no significa que no se entienda incumplida, y por tanto se entienda resuelto el contrato, pues en virtud del art. 1118.2 del CC, considera que aunque no exista plazo fijado en el contrato para la obtención de las necesarias licencias, debe entenderse cumplido dicho plazo cuando haya transcurrido un tiempo prudencial que sea el que verosímelmente se haya querido señalar.

El art. 1124 CC impide exigir el cumplimiento del contrato y a la vez la resolución, pero no impide que el cedente pueda deducir de forma alternativa o subsidiaria cualquiera de ellas <sup>478</sup> e incluso permite que se pida la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este cumplimiento resulte imposible.

Por el contrario, si el cedente opta por la resolución no puede exigir posteriormente el cumplimiento del contrato. <sup>479</sup> A la hora de decantarse por una u otra opción el cedente suele tomar su decisión en función del estado de la obra, pues ésta puede no haberse iniciado, con lo que el solar no ha sufrido ninguna variación, o puede encontrarse la obra en fase de ejecución o bien a punto de terminar.

Esta última posibilidad es la analizada en el supuesto contemplado en la SAP de la Coruña de 17 de febrero de 2010.<sup>480</sup> En un supuesto de cesión de solar por obra futura, el cedente solicitó, en ejercicio del art. 1124 del CC, el cumplimiento forzoso de la prestación acordada con la promotora, consistente en la entrega de las viviendas

---

<sup>478</sup> CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *op.cit* pg. 210.

<sup>479</sup> CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *op.cit*. pg.210 entiende que conforme a este precepto, en nuestro Derecho, se encuentra limitado el ius variando del acreedor, ya que si se optó por el cumplimiento, sólo puede optar por la resolución cuando aquel ha resultado imposible. En este mismo sentido, se pronuncia DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II* 5ª edición pg. 697.

<sup>480</sup> SAP de A Coruña (Sección 6ª), de 17 de febrero de 2010, Sentencia 58/2010, Recurso 487/2008 (RJ 2010/197942), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Bernardino Varela Gómez, que en su fundamento segundo establece: “Se trata en este caso de la pretensión de cumplimiento forzoso, al amparo del art. 1124 del CC, de un contrato de cesión o aportación de solar por pisos o locales a construir por el cesionario...”.

pactadas, la realización de todas las operaciones necesarias incluido el otorgamiento de escritura pública y al pago de impuestos y demás gastos. A su vez se pactó el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios consistentes en el abono de las rentas que habían tenido y tenían que pagar por el arrendamiento de una vivienda mientras se construía y se entregaba las que eran objeto del contrato de cesión. La Audiencia considera que ha existido un incumplimiento contractual debido a un retraso en la ejecución de las obras, que no habían sido entregadas pese a haberse cumplido el plazo establecido para ello.

También puede suceder que el cedente haya optado por solicitar la resolución conforme al art. 1124 CC, y subsidiariamente la acción de nulidad del contrato de cesión, pero no su cumplimiento. Sin embargo, en estos casos, el Juez, cuando considera que el incumplimiento no tiene carácter resolutorio, puede establecer un plazo para el cumplimiento de la prestación conforme al art. 1124.3. Así sucede en la STS de 22 de abril de 2010,<sup>481</sup> en la que el cedente transmitió a la promotora una finca, comprometiéndose ésta a abonar al propietario una cantidad de dinero que fue entregada en ese acto, y a la entrega de cinco viviendas de diversa tipología de entre las que se edificaran en el solar. Previamente a la ejecución de las obras, la parte promotora había asumido la obligación de realizar los trámites necesarios para que la finca, que era rústica, fuera declarada urbana. No se estableció un plazo para la realización de estos trámites, sin embargo se estableció un plazo no superior a tres años desde la fecha de redacción de los anteproyectos de construcción, para la entrega de las viviendas. Cuatro años después de la firma del contrato, la promotora no había iniciado las gestiones ante el Ayuntamiento para la recalificación del terreno, previos a la realización de los anteproyectos de construcción. El cedente ejercitó la acción de resolución por

---

<sup>481</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 22 de abril del 2010, Sentencia 242/2010, Recurso 60/2006, (RJ 2010,3544), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en su fundamento 3º establece: *“Tras las consideraciones anteriores, es clara la desestimación del recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada, ya que pretende que se estime, y en consecuencia, que se rechace la demanda, con lo que quedaría plenamente indefinido el tiempo para cumplir las obligaciones a que viene obligada. El motivo primero, aunque no lo dice expresamente cual es la norma que entiende infringida para fundar su recurso, en el desarrollo del motivo insiste en que la sentencia recurrida aplicó erróneamente el párrafo tercero del art. 1124 CC ya que no hubo incumplimiento por su parte y que no se puede dar un plazo conforme al art. 1128 si no ha sido solicitado. El motivo se desestima porque esta Sala reitera la doctrina de que si aparece una causa justificada, puede imponer un plazo conforme al mencionado art. 1124, párrafo 3º y esta causa, en el presente caso es el dilatado espacio de tiempo en el que no ha cumplido con las obligaciones previas para cumplir su obligación principal de entrega de las viviendas, contravinando el espíritu del contrato y la “necesitas” esencia de la obligación sin que pueda afirmarse un incumplimiento como frustración del fin del contrato ya que no había previsto plazo para aquellas obligaciones previas”*.



incumplimiento conforme al art. 1124 CC, y, subsidiariamente la acción de nulidad del contrato.

La demanda fue desestimada en primera instancia, interponiendo recurso de apelación, que vuelve a desestimar la acción de resolución y nulidad, fijando sin embargo la Audiencia Provincial un plazo conforme al párrafo 3º del art. 1124 para el cumplimiento a fin de realizar los trámites necesarios para la recalificación del terreno. La promotora, recurre en casación ante el TS, alegando que los tribunales no pueden fijar un plazo de cumplimiento de las obligaciones si no es solicitado por el cedente tal y como establece el art. 1128 del CC, y en este caso, el cedente no lo había solicitado. El Alto Tribunal, desestima el recurso al entender que, en el contrato, las partes habían pactado un plazo para el cumplimiento principal del contrato, consistente en la entrega de las viviendas, pero que no se había establecido plazo para la realización de otras obligaciones previas contraídas como la de tramitar el proceso de recalificación, por lo que considera que no se había producido la frustración del contrato, ya que ni siquiera había empezado el plazo para construir las viviendas.

## **2.2 La posibilidad de cumplimiento por equivalencia.**

Ejercitada la acción de cumplimiento, éste puede ser realizado *in natura* o por equivalente en los casos en los que ha existido una imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento, es decir, que sea imposible la entrega de los inmuebles, exigiéndose que dicha imposibilidad se haya producido por culpa del deudor.

El art. 1182 del CC asimila la pérdida de la cosa a la imposibilidad sobrevenida y dispone que la obligación quedará extinguida si ésta consiste en la entrega de una cosa específica y la cosa se pierde o se destruye sin culpa del deudor. Cuando la cosa se pierde por culpa del deudor, la obligación no se extingue y el culpable de la pérdida será deudor por equivalencia, esto es por el valor de la cosa.

La cuestión es si éste régimen previsto para las obligaciones unilaterales, es aplicable también a las recíprocas, como son las que nacen de un contrato de compraventa o de cesión de solar por obra futura. La doctrina, tiene dudas a la hora de admitir la posibilidad de pedir en estos casos el cumplimiento por la equivalencia o bien

directamente se muestra contraria.<sup>482</sup> La consecuencia de entender extinguida la obligación sería la restitución recíproca de las prestaciones, lo que conllevará en el contrato de permuta la restitución del solar al cedente, y dado que esta restitución es imposible por estar construido, el cesionario será deudor del cedente del valor del solar, lo que es distinto de la petición del valor de los inmuebles que debían haberse entregado.

Sin embargo, la Jurisprudencia sí ha admitido, la posibilidad de pedir el cumplimiento por equivalencia en estos supuestos. Así lo ha establecido el TS en la Sentencia de 10 de marzo de 2009,<sup>483</sup> en la que condena al cumplimiento por equivalente en un contrato de cesión de solar por obra, en el que el cumplimiento en forma específica era imposible por enajenación a un tercero. Tercero que tenía la condición de titular registral y además era adquirente de buena fe. El cedente ejercitó contra la promotora una acción, tendente al reconocimiento del derecho de adquisición del inmueble objeto del contrato ,y, para el supuesto en que esto no fuera posible, solicitaba que se concediera la indemnización consistente en el valor que tuvieran los inmuebles que debían haberle entregado, consistente en un piso y en una cochera idéntica en la misma zona, más el 20% de afección al verse privado el cedente de tener un piso en el edificio construido sobre el solar de lo que había sido su casa.

---

<sup>482</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial II*, 5ª edición pg. 681.

<sup>483</sup> STS,(Sala 1ª) de 10 de marzo de 2009. Sentencia 125/2009. Recurso de Casación 989/2003. (RJ 2009,2796). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos que en su Fundamento Segundo establece en relación al alcance de la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida imputable al deudor lo siguiente: “*La obligación de indemnizar que se establece en el fallo de la sentencia recurrida corresponde a una situación de imposibilidad sobrevenida en este caso imputable al deudor. La indemnización reclamada responde, en efecto, al hecho de resultar imposible en términos jurídicos el acceso a la propiedad de las fincas a cuya adjudicación se había comprometido el deudor que incumplió la obligación, por la existencia de un tercero protegido por el Registro de la Propiedad que adquirió los inmuebles cuando ya se había agotado el plazo de cumplimiento. El derecho del acreedor, en una obligación de entregar cosa determinada, a compeler al deudor a que se realice la entrega, consagrado en el art. 1096 CC como independiente del derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios, determina que la imposibilidad de cumplimiento in natura cualquiera que sea su causa –siempre que no comporte la extinción de la obligación (como ocurre en el caso de pérdida de la cosa por causa no imputable al deudor no moroso art 1182CC), puede ser objeto de cumplimiento por equivalencia mediante la restitución de su valor, el cual no necesariamente forma parte de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que establece el art. 1101 CC. El contenido de ese cumplimiento, en el caso examinado consiste en restituir a los demandantes el equivalente económico al ejercicio del derecho de adjudicación en los términos favorables previstos en el contrato para que la parte que sufre la imposibilidad de ejecución quede compensada de las consecuencias desventajosas de la frustración de la finalidad del contrato mediante la obtención de un contenido económico equivalente al que corresponde a la ejecución del contrato en natura*”.

El TS razona que el derecho del acreedor en una obligación de entrega de una cosa determinada, es el de compeler al deudor a que realice la entrega lo que está establecido en el art. 1096 del CC como independiente del derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios. Aunque determina que la imposibilidad del cumplimiento *in natura*, cualquiera que sea su causa, siempre que no comporte la pérdida de la cosa por causa no imputable al deudor moroso, puede ser objeto de un cumplimiento por equivalencia mediante la restitución de su valor, que no forma parte del contenido de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios conforme al art. 1101 del CC. El contenido de este cumplimiento consiste en restituir a los demandantes el equivalente económico al ejercicio del derecho de adjudicación en los términos favorables previstos en el contrato para que la parte que sufre la imposibilidad de ejecución quede compensada de las consecuencias desventajosas de la frustración de la finalidad del contrato mediante la obtención de un contenido económico equivalente al que corresponde a la ejecución del contrato *in natura*.

En este mismo sentido, se pronuncia la SAP de Burgos de 18 de marzo de 2010,<sup>484</sup> donde el cedente ejercita la acción de cumplimiento del contrato de cesión de solar por obra futura, solicitando por equivalencia consistente en el pago del valor que los inmuebles a entregar. En este caso, el cedente tenía derecho a recibir determinados inmuebles en el edificio que se construyera sobre el solar de su propiedad; pero el cesionario vendió a un tercero los inmuebles que se obligó a entregar al cedente, por lo que existía una imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación en forma específica, pues el tercer adquirente reunía los requisitos de buena fe. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Alicante de 15 de abril de 2005.<sup>485</sup>

### **2.3. La resolución del contrato.**

La acción resolutoria del art. 1124 del CC implica una derogación del principio de fuerza obligatoria del contrato, por lo que es un remedio excepcional y subsidiario. El Tribunal Supremo no ha formulado una doctrina jurisprudencial inequívoca que

---

<sup>484</sup> SAP de Burgos (Sección 3ª), de 18 de marzo de 2010 Sentencia 128/2010, Recurso 40/2010, (RJ 2010,176123), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia.

<sup>485</sup> SAP de Alicante (Sección 7ª) de 15 de abril de 2005. Sentencia 155/2005. (RJ 2008,58384). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Teófilo Jiménez Morago.

aclare en qué supuestos se justifica la resolución contractual del art. 1124 del CC.<sup>486</sup> No todo incumplimiento va a ser resolutorio, pues para que el incumplimiento pueda producir la resolución, ha de ser incumplimiento de una obligación principal, de forma que el incumplimiento de las obligaciones accesorias<sup>487</sup> o complementarias de la principal, no darán lugar a la resolución por incumplimiento, aunque a veces las prestaciones accesorias pueden ser tenidas como necesarias para la consecución del fin de contrato y lo que en un supuesto puede ser una prestación accesoria en otro puede ser esencial.<sup>488</sup> El incumplimiento también ha de ser esencial<sup>489</sup> como puede ser que no se

---

<sup>486</sup> LYCZKOWSKA Karolina, “Resolución por frustración de la finalidad del contrato desde la jurisprudencia del TS” *Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 20/2009 (Estudio) Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2010, pg. 1 “*Es indudable que los requisitos del citado precepto (reciprocidad de obligaciones y situación fáctica de incumplimiento), no son los únicos exigidos en la práctica a efectos resolutorios. El Alto Tribunal se ha esforzado en elaborar exigencias adicionales, relativas al incumplimiento que merezca el remedio de resolución. Los criterios tradicionales elegidos a este efecto son la voluntad dolosa de incumplir, el incumplimiento de carácter esencial o el incumplimiento que produce la frustración del fin del contrato. No obstante, ninguno de estos criterios ha resultado plenamente satisfactorio para la jurisprudencia, aunque se puede vislumbrar una creciente tendencia hacia la objetivación de la situación del incumplimiento. Contrariamente a lo que se podría esperar, la preferencia por el criterio de la frustración del fin del contrato que se empieza a ver en las sentencias de finales de los años 80 y que continúa hasta hoy no han desterrado del todo la línea que destacaba la importancia de factores subjetivos del incumplimiento. Pese a que en muchos pronunciamientos se declara que la voluntad dolosa del incumpliendo ya no es un criterio tomado en cuenta a la hora de analizar la solicitud de la resolución, sigue habiendo sentencias que entran a analizar la culpabilidad del incumplidor. Aunque no es frecuente que se declare la resolución en base a la voluntad manifiesta de incumplimiento, la falta de dolo en el moroso y diversos indicios de su voluntad de la resolución en la jurisprudencia. Con todo, la fundamentación del fallo en una u otra máxima elaborada por la jurisprudencia no resuelve el problema, puesto que faltan pautas generales y abstractas a seguir y las sentencias pecan de casuismo. La carencia de límites claros produce una confusión entre los requisitos jurisprudenciales para la resolución, especialmente entre el criterio de la frustración y del incumplimiento esencial*”.

<sup>487</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Vol. I. parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 1997. pg. 9 BIB 1997\62. Entiende el autor que “la calificación como principal o accesoria de la prestación también dependerá del criterio objetivo o subjetivo que se siga para determinarla: el primero tiene en cuenta la función que la prestación, abstractamente considerada, cumple en la estructura típica del contrato; mientras que, el segundo, atiende a la voluntad de las partes y a la finalidad contractual perseguida por ellas. Desde el primer punto de vista, habría de atribuirse la condición de principal a la prestación necesaria para la consecución del resultado típico del contrato o a la que juega el papel equivalente jurídico o factor causal de la obligación contrapuesta. Desde la segunda perspectiva, merecería aquella cualidad de principal la prestación cuya omisión disminuyera para el acreedor la utilidad del conjunto prestacional de que es acreedor.”

<sup>488</sup> MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis. “Art. 1124” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigido Por D. Manuel Albaladejo. Tomo XV. Vol. 1º. pg. 1239. Editorial Revista de Derecho Privado. 1991. Entiende este autor: “que el incumplimiento se ha referir a lo que la jurisprudencia ha denominado obligaciones principales. Significa esta expresión que el incumplimiento ha de ser, como se ha dicho, importante, pero sobre todo significa que, en función de la reciprocidad que hemos visto necesaria entre las prestaciones, no puede invocarse el precepto para que sea adoptada medida tan contundente como es la resolución sin un incumplimiento de prestaciones de las que dependa la satisfacción del acreedor. Lo que constituye o no una prestación principal es algo que se confía, en general, al criterio del juzgador, pero en la que cabe un cierto juego de la autonomía de la voluntad en función de los fines que se propongan los contratantes. Algo difícil de precisar con carácter general. Cabe apuntar sin embargo, algunos criterios tales como el carácter instrumental de una prestación accesoria respecto de la obligación principal, o la previsión expresa de las partes, siempre que ésta se

entregue la edificación convenida o bien que presente tan graves defectos que lo hagan inservible para su uso. El incumplimiento no ha de ser doloso, sino que basta un incumplimiento inequívoco, objetivo, y esencial de modo que frustre el fin del contrato, sin necesidad de penetrar en el grado de voluntariedad del incumplidor.<sup>490</sup> En este sentido se pronuncia la STS de 6 de septiembre de 2010.<sup>491</sup> En todo caso corresponderá su apreciación a los Tribunales en función de cada supuesto de hecho.

---

*ajuste al criterio de la buena fe, o la conexión de una apreciación accesoria con otra que según el tipo contractual sea esencial. En definitiva, hay que estar a la finalidad que en concreto persiguen las partes, porque hay prestaciones accesorias que son necesarias, a modo de condiciones "sine quibus non" de la satisfacción del acreedor y hay prestaciones accesorias sin las cuales carece de sentido el objetivo que se han propuesto las partes en el contrato.*" En este sentido también se pronuncia, FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. "El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales" *op. cit.* pg. 9 RUDA GONZÁLEZ, Albert. "Comentario a la STS de 13 de diciembre de 2002. Incumplimiento resolutorio. Retraso y cumplimiento defectuoso. Efectos de la satisfacción extrajudicial sobre el proceso en curso. Alteración de la causa de pedir. Fundamento y procedencia de indemnización de daños causados por el incumplimiento. Lucro cesante. Fijación del quantum indemnizatorio. Seguro de caución." CCJC. núm. 61. 2003. pgs 331-352. Entiende que: *"Hay que tener en cuenta que un cumplimiento defectuoso puede frustrar expectativas del acreedor insatisfecho igual que lo haría un verdadero incumplimiento definitivo, de tal forma que produzca una frustración total o parcial del contrato. En tal supuesto así, como cuando el deudor no se allana a satisfacer la pretensión de rectificación, parece que seguramente convendría admitir que el acreedor pudiese resolver la relación obligatoria."* DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Los incumplimientos resolutorios.* pg. 42. Thomson Civitas. Cuadernos Cívitas. 2005. Este autor, lo denomina *"interpretación no automática del art. 1124 CC, sino en sentido racional, lógico y moral"*.

<sup>489</sup> La Doctrina determina el significado de esencial como: 1.-La importancia o trascendencia del incumplimiento para las economías de los interesados. 2.-La entidad suficiente del incumplimiento para impedir la satisfacción económica del acreedor. 3.-La falta de obtención por el incumplimiento para la satisfacción económica del acreedor. La frustración de expectativas, aspiraciones, del fin del proceso.

<sup>490</sup> En un primer momento, el TS consideró necesario para el éxito de la facultad resolutoria del art. 1124 CC, una voluntad rebelde y declarada del incumplidor, no siendo suficiente a tal fin el mero retraso en el cumplimiento. Esta inicial postura del TS, que venía a identificarse con la necesaria presencia de una actitud dolosa en el deudor, ha quedado desplazada y en su lugar se opta por dar relevancia a la frustración del fin del contrato. FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. "Los incumplimientos resolutorios de los contratos bilaterales" *op. cit.* pg. 5, considera que *"hay que entender comprendida en la expresión "fin del contrato", la causa subjetiva del negocio constituida por la finalidad, común a ambas partes o particular de una de ellas pero conocida por la otra y elevada por ambas a presupuesto determinante e impulsor de su celebración; pero también la causa objetiva, integrada por la finalidad genérica, típica o abstracta del contrato de que se trata, e incluso la causa de la obligación determinada por la contraprestación debida"*.

<sup>491</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 6 de septiembre de 2010, Sentencia 518/2010, Recurso 1362/2006, (RJ 2010,4573) Magistrado Ponente Excmo. Sra. Dª Encarnación Roca Trías, que en su fundamento tercero dice: *"En la actualidad la doctrina de esta Sala acerca del incumplimiento resolutorio no exige esta deliberada y rebelde voluntad, sino que en base a criterios más objetivos, se entiende que en este caso se produce un incumplimiento esencial, que impide al acreedor obtener aquello buscado con la conclusión del contrato de contrato que en la compraventa es el precio."*

En este mismo sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª, (Sección 1ª), Sentencia 714/2011 de 4 de octubre, Recurso 1551/2008, (RJ 2011,6290). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que en su fundamento 3º dice: *"En la resolución que se insta por la parte compradora, por incumplimiento del constructor de su obligación de entregar la cosa libre de cargas esta Sala ha venido entendiendo que solo cabe calificar el incumplimiento de esencial y apto para amparar el ejercicio de la facultad resolutoria del art. 1124 CC, en cuanto supone contrariar el fin normal del contrato y frustrar de ese modo las legítimas expectativas del comprador"*

*Por su parte la doctrina, determina como significado de esencial: 1) la importancia y trascendencia del incumplimiento para las economías de los interesados. 2) La entidad suficiente del incumplimiento para*

En el contrato de cesión de solar por obra futura, existen incumplimientos que dan origen a la resolución contractual, e incumplimientos que por su escasa entidad, no pueden ser causa de resolución, sino que permitirán exigir por parte del cedente una reparación de los defectos o la indemnización. Tampoco los casos de retraso en la entrega son tenidos por incumplimiento, pudiendo ser considerados supuestos de cumplimiento defectuoso o simple mora. En todo caso, habrá que analizar cada caso concreto para determinar si el incumplimiento puede dar lugar o no a la resolución. Así se pronuncia la SAP de Madrid de 30 de enero de 2012,<sup>492</sup> al establecer que el incumplimiento propio o relevante del contrato permite la resolución del mismo con arreglo al art. 1124 del CC, pero un mero cumplimiento defectuoso del contrato solo autoriza a solicitar la indemnización por daños y perjuicios conforme al art. 1101 del CC mas no permite la resolución contractual. La diferencia entre el incumplimiento propio y el defectuoso está en la entidad que quepa atribuir al incumplimiento contractual, de tal forma que se puede hablar de incumplimiento contractual pleno cuando tenga relevancia suficiente como para impedir al otro contratante lograr aquellas aspiraciones que legítimamente se había propuesto al concertar el contrato, frustrando de esta manera el fin contractual perseguido por las partes.

La Jurisprudencia, ha venido admitiendo y consolidando determinados supuestos como causa de incumplimiento resolutorio. Estos supuestos son, aquellos en los que existe causa mayor o caso fortuito, o el denominado supuesto de resolución *aliud pro alio* o entrega de una cosa por otra.

### **2.3.1 Supuesto de resolución *aliud pro alio***

La Jurisprudencia,<sup>493</sup> ha definido el supuesto de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente

---

*impedir la satisfacción económica del acreedor. 3) La falta de obtención por el incumplimiento de la finalidad perseguida. 4) La frustración de expectativas, aspiraciones del fin del contrato 4) La quiebra de la finalidad económica y la importancia de ésta en la economía del contrato.*

<sup>492</sup> SAP de Madrid de 30 de enero de 2012, (Sección 12ª), Sentencia 52/2012 (RJ 2012,228888), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández de Sevilla.

<sup>493</sup> STS (Sala 1ª) de 16 de mayo de 2005. Sentencia 330/2005. Recurso 650/71997 (RJ 2005, 6374). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela que en el Fundamento de Derecho 2º dice: “Por lo demás esta sala siempre ha entendido que se está en presencia de entrega de cosa diversa o aliud pro alio, cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del

insatisfacción del acreedor, al ser el bien entregado impropio para el fin a que se destina.

En el contrato de cesión de solar por obra futura, se ha configurado la figura de *aliud pro alio* cuando el inmueble que se entrega no es conforme a lo que en su día pactaron las partes, bien porque no se aviene a la superficie establecida o bien porque no responde a las calidades convenidas e incluso por inhabilidad del objeto por infracción de la legislación urbanística. Ante la falta de regulación específica estos supuestos, se remiten a lo establecido en el art. 1541 CC, relativo a la compraventa. De este modo, y conforme al art. 1468 CC, el cedente estará obligado a entregar el inmueble como se encontraba al perfeccionarse el contrato. La cuestión es que la prestación del cesionario al perfeccionarse el contrato, era una prestación futura y por tanto inexistente, de ahí que se entienda que estas características deben remitirse a las que figuren en el proyecto de construcción o en los planos. La consecuencia de esta discrepancia consiste en que si el cesionario no entrega el inmueble tal y como se acordó, el cedente puede rehusar la entrega y proceder a la resolución conforme al art. 1124 CC.<sup>494</sup>

El problema en estos casos radica en determinar cuándo nos encontramos ante la entrega de una cosa por otra, que permite la resolución contractual, o ante pequeñas diferencias que constituyen un cumplimiento defectuoso.<sup>495</sup> La Jurisprudencia, ha intentado diferenciar ambos supuestos y ha establecido criterios generales, determinando que se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del inmueble al ser impropio para el fin

---

*comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil”.*

<sup>494</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. “La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 7/2013 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2013. Esta autora, entiende “*que el rigor dogmático debería conducir a la aplicación de otras soluciones, puesto que el caso habrá de calificarse, en puridad, como imposibilidad originaria parcial, la entrega de un inmueble con irregularidades urbanísticas ha sido contemplada por nuestros tribunales, en no pocas ocasiones, como presupuesto para el ejercicio de las acciones de cumplimiento o incumplimiento contractual, descartándose en general, por diferentes razones, la de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos o las de nulidad por vicios del consentimiento (error o dolo)*”.

<sup>495</sup> STS de 28 de octubre de 2005. (RJ 2005,7353). Establece esta sentencia que la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado ha de entenderse como un incumplimiento total del contrato de manera que la acción resultará improsperable cuando se trate de un incumplimiento incompleto o defectuoso que no autorice el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 del CC, y solo permita la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas o bien mediante la reducción de precio.

que se destina y cuando el defecto haga la cosa inservible o inútil para su uso.<sup>496</sup> Así sucede en la SAP de Valencia de 30 de marzo de 2012,<sup>497</sup> en un supuesto en el que la parte compradora, adquiere una vivienda, detectándose una serie de defectos constructivos, que facilitan la aparición de humedades y otros defectos de diseño, técnicos y estéticos, como la falta de ventilación, carpintería abatible y ausencia de calefacción general de la vivienda. La promotora, por el contrario, alega, que la falta de ventilación y de calefacción son problemas que pueden ser solucionados por la compradora. Sin embargo, la Audiencia, considera que la vivienda no reúne las condiciones adecuadas para su uso en cuanto a habitabilidad y salubridad, por lo que procede a la resolución del contrato.

### **2.3.2. Resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación.**

Los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, se consideran casos de fuerza mayor o caso fortuito. El art. 1124 del CC también es aplicable a los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación,<sup>498</sup> cuando existe un hecho obstativo, que de modo absoluto definitivo impida el cumplimiento. La doctrina, por su parte, se encuentra dividida a este respecto, pues un sector considera que la imposibilidad

---

<sup>496</sup> ZURITA MARTIN, Isabel. *op. cit.* pg. 56 y 57. También en este sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *“El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”*. *op. cit.* pg. 8. Aclara este autor, que: *“en estos casos de inhabilidad del objeto, en su día se reputaron sujetos a un concurso alternativo de acciones con las edilicias, pero las sentencias más actuales vienen considerándolos más bien como supuestos de aplicación del art. 1101 y 1124 del CC, sustraídos al régimen del saneamiento por vicios ocultos”*. En este mismo sentido, se pronuncia ORTÍ VALLEJO, Antonio. *“Los vicios en la compraventa y su diferencia con el aliud pro alio: jurisprudencia más reciente.”* *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Editorial Aranzadi S.A Pamplona 1996. pg. 11 BIB\130. Opina el autor, *“que la finalidad de este concepto que es distinguir dos tipos de situaciones en orden a aplicarles diferentes efectos y acciones, no existe en la venta de viviendas, puesto que tanto sea el defecto constitutivo de aliud pro alio como de vicios, se le aplican las reglas del incumplimiento. Por tanto, concluye, la utilización del concepto de aliud pro alio en la venta de viviendas resulta distorsionadora y puede inducir a confusión”*.

<sup>497</sup> SAP de Valencia (Sección 6ª), Sentencia 207/2012 de 30 de marzo, (RJ 2012,250716), Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Mestre Ramos, que en su fundamento 3º establece: *“De todo ello debemos de considerar que en el presente caso la parte actora compradora adquiere una vivienda en condiciones de habitabilidad que para “su habitabilidad” ella tenga que adoptar una serie de medidas, como la ventilación adecuada y calefacción adecuada que implica necesariamente la consideración de que la vivienda no era apta para ser vendida según dichas condiciones que tenía. El comprador adquiere una vivienda para entrar a vivir sin que las condiciones de habitabilidad deban ser adoptadas por él. Las condiciones de habitabilidad deben ser ya dadas por el vendedor y sino dispone de dichas condiciones de habitabilidad la venta no resulta ajustada a derecho; pero es más se puede decir que la ejecución del edificio en el lugar elegido y las medidas adoptadas no han sido las más idóneas para evitar las humedades.”*

<sup>498</sup> ZURITA MARTIN, Isabel. *op. cit.* pg. 37. Esta autora considera que: *“El caso fortuito está relacionado con la fuerza mayor regulada en el art. 1105 del CC, pues tanto para la doctrina como para la jurisprudencia ambos preceptos son actualmente intercambiables.”*



sobrevenida fortuita no tiene cabida en el art. 1124 CC, contemplando solamente los casos en los que existe culpa del deudor, resolviéndose los supuestos de caso fortuito conforme a la teoría de los riesgos.<sup>499</sup> Por el contrario otro sector doctrinal, considera que estos supuestos deben resolverse conforme al art. 1124 del CC.<sup>500</sup>

Por otro lado, para que opere la resolución por imposibilidad es necesario:

- a) Hacer una interpretación restrictiva y casuística atendiendo a las circunstancias.
- b) Que la imposibilidad sobrevenida ha de ser definitiva.<sup>501</sup>
- c) No haberse producido por culpa del deudor; no hay imposibilidad cuando se pueda cumplir con un esfuerzo de voluntad de deudor.
- d) Además para apreciar la imposibilidad sobrevenida, se requiere que el deudor no se halle en mora.

En este sentido se pronuncia la STS de 30 de abril de 2002,<sup>502</sup> en un supuesto de contrato de cesión de solar a cambio de tres pisos, tres cuartos trasteros anejos a los pisos y dos plazas de garaje, pactándose que la entrega debería hacerse en un plazo de treinta meses desde la toma de posesión de los cesionarios del inmueble cedido. Para el caso de que no se produjera la entrega de los inmuebles pactados, se acordaba la entrega a los cedentes de quince mil pesetas diarias hasta que se realizara tal entrega. Los promotores, derribaron la casa existente sobre el solar y procedieron a realizar las excavaciones y la cimentación necesaria, siendo paralizadas dichas obras por dos procedimientos de interdicto de obra nueva, por existir en el subsuelo del inmueble objeto de la cesión dos bodegas pertenecientes a los iniciadores de los interdictos que corrían peligro de desaparecer en caso de continuación de las obras. Transcurridos los treinta meses pactados para la entrega, ésta no se efectuó, por lo que los cedentes

---

<sup>499</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. *La resolución de los contratos bilaterales*. Granada 1986. Editorial Comares. pg. 158.

<sup>500</sup> MONTES PENADÉS, Vicente Luis. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV. Vol. 1º pg. 1237 “el art. 1452 contiene una norma especial, reguladora del riesgo en la compraventa, precisamente en el periodo que media entre perfección y la consumación del contrato. Pero el art. 1452, regula sólo el daño o provecho de la cosa vendida, no el perecimiento total, lo que viene a apoyar una vez más que los supuestos de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, deban resolverse conforme al art. 1124 CC.” Por su parte CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *op. cit.* pg. 453, se pronuncia también en este sentido cuando expone: “Que los principios de los que deriva la resolución no permite distinguir entre inexecución culpable e inexecución fortuita.”

<sup>501</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales” *op. cit.* pg. 22. “En los casos en los que se trate de una dificultad superable o de una imposibilidad de cualquier índole, pero transitoria, el evento que la determine no alcanzará a justificar por sí sólo la apreciación de aquel definitivo incumplimiento, necesario para la resolución”

<sup>502</sup> STS (Sala 1ª) de 30 de abril de 2002. Sentencia 383/2002. Recurso de Casación 3431/1996 (RJ 2002,4041). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

requirieron a los promotores, mediante requerimiento notarial el abono de la indemnización de quince mil pesetas diarias, hasta la entrega de los inmuebles futuros, a lo que se negaron los promotores alegando la imposibilidad de proseguir con las obras iniciadas al estar paralizadas judicialmente. La Sentencia de instancia y la Audiencia Provincial acogen los pedimentos de los actores.

Los promotores recurren en casación, y, alegan, en primer lugar, la excepción de contrato no cumplido por los demandantes, al entender que la finca tenía como carga o gravamen las existencias de las bodegas, por lo cual no habían cumplido con la prestación de entrega de la finca libre de cargas. A este respecto, el Alto Tribunal, coincide con las instancias inferiores, en que esta circunstancia era conocida por los promotores que habían requerido a los dueños de las mismas comunicándoles la iniciación de las obras y el proyecto y manifestando tener conocimiento de las bodegas y la posibilidad de que quedaran afectadas por las obras. En segundo lugar, alegan en el recurso la imposibilidad de la prestación, bien al amparo del art. 1272 del CC o bien del art. 1184 <sup>503</sup> del mismo cuerpo legal, pues no ha sido posible llevar a cabo el proyecto elaborado por el arquitecto, basando dicha imposibilidad, en la existencia de dos bodegas ubicadas en el subsuelo de la finca que son de propiedad ajena; en segundo lugar expresan la imposibilidad de un proyecto alternativo compatible con el compromiso adquirido; el no poder plantear o imponer dicha exigencia al arquitecto autor del proyecto, y por último la paralización de las obras por la interposición de un interdicto de obra nueva.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, entiende que no existe imposibilidad física o material ni legal o jurídica. El TS también desestima este motivo de casación, argumentado que la existencia de las bodegas era conocida y asumida por la promotora y que además no impide edificar. A este respecto, hay que indicar que lo que pretendían los demandados era que se declarara un incumplimiento previo de los cedentes al haber transmitido un inmueble con cargas y gravámenes ocultos.<sup>504</sup> Además, es posible la

---

<sup>503</sup> El art. 1272 del CC, regula la imposibilidad cuando la misma existe en el momento de perfección contractual, es decir en la fase de formación del contrato y su consecuencia es la nulidad por falta de objeto y el art. 1184 CC, regula la imposibilidad sobrevenida, es decir con posterioridad a la perfección y antes de estar constituido el deudor en mora y su consecuencia es la resolución del contrato por causa mayor o caso fortuito.

elaboración de un proyecto alternativo o una modificación que permita construir en la finca, y quizás el razonamiento más importante es que, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo, consideran que los procesos de interdicto no son causa de imposibilidad, pues los efectos de la suspensión de las obras se pueden evitar previniendo o garantizando los eventuales daños, a que puede dar lugar la obra, aparte de que no se ha iniciado el procedimiento legalmente posible para obtener la continuación de las obras.

Por ello, ambas instancias declaran que la promotora podía haber cumplido el compromiso asumido si hubiera observado la diligencia exigible. En definitiva, califican que existe un incumplimiento contractual y que el mismo es imputable al promotor. Esta sentencia viene a constatar, que los arts. 1272 1184 del CC recogen una manifestación del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, no existe obligación de cosas imposibles, cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor.

La imposibilidad sobrevenida puede ser física o legal, pero no se puede confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor, excluyéndose a la vez la posibilidad pasajera o coyuntural. Tampoco puede alegarse la existencia de imposibilidad sobrevenida cuando se puede cumplir mediante el contenido de la prestación de proyecto. Así también se pronuncia la STS de 3 de abril de 2009.<sup>505</sup>

Además de lo anterior, también será necesario que el constructor haya actuado con la debida diligencia,<sup>506</sup> conforme a la naturaleza de la obligación, estando obligado a agotar todos los recursos administrativos y judiciales<sup>507</sup> para poder considerar que ha actuado diligentemente. En estos mismo términos se pronuncia la STS de 23 de

---

<sup>505</sup> STS, Sala 1ª Sección 1ª, de 3 de abril de 2009, sentencia 231/2009, recurso 1360/2004. (RJ 2009,1755) Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés. En este mismo sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 30 de Abril de 2002, sentencia 383/2002 de 30 de abril. (RJ 2002,4041), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

<sup>506</sup> En este caso son aplicables los arts. 1104 y 1105 del CC.

<sup>507</sup> La SAP de Cádiz (Sección 1ª) de 14 de julio de 2003, (RJ 2003, 219377) establece: “no puede olvidarse que es una doctrina jurisprudencial unánime la que mantiene que cuando los impedimentos urbanísticos y administrativos suponen un obstáculo insalvable que impiden la ejecución de la obra para la cual los compradores adquirieron la finca y el vendedor la enajenó, nos encontramos ante una causa de resolución contractual”.

noviembre de 2004<sup>508</sup> que excluye de la responsabilidad los sucesos que obedezcan a caso fortuito o fuerza mayor, no respondiendo nadie de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables. Pero no cabe apreciar tal situación cuando hay un comportamiento negligente con suficiente aportación causal, porque el caso fortuito como la causa mayor requieren la ausencia de culpa.

El efecto de la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida es la restitución del solar al cedente, no procediendo la indemnización de daños y perjuicios.<sup>509</sup>

En virtud de lo anterior, puede concluirse que, como supuestos de imposibilidad sobrevenida la Jurisprudencia ha venido considerando los supuestos de imposibilidad legal de cumplimiento de la obligación, sobre todo por cuestiones de tipo urbanístico, como modificación del planeamiento o modificación de normas relativas a la edificabilidad y volumen constructivo. Es un supuesto de resolución contractual, y no de saneamiento por gravámenes ocultos.<sup>510</sup>

Así sucede en la STS de 11 de noviembre de 2003,<sup>511</sup> donde por la promotora se solicita la resolución contractual por haber sobrevenido imposible el cumplimiento

---

<sup>508</sup>STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7383).

<sup>509</sup> MONTES PENADES, Vicente Luis. “Art. 1124 CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV. Vol. 1º. *op cit.* pg. 1235. Señala el autor, “que la única dificultad que se encuentra para la plena admisión de esta tesis estriba en la indemnización de daños y perjuicios que acompaña a la resolución. No parece que tal indemnización pueda deberse sin culpa y en consecuencia, debe aceptarse que en el supuesto de imposibilidad sobrevenida fortuita el deudor no deba ser condenado a la indemnización de daños y perjuicios, pero en cambio, haya de perder la contraprestación.”

<sup>510</sup> MONTSERRAT VALERO, Antonio. “Saneamiento por gravámenes ocultos” *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 4/2012(Estudio). Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2012. BIB 2012\138. pg. 1/5. Los gravámenes ocultos vienen regulados en el art. 1483 CC, artículo que se refiere al saneamiento por ese motivo. Los requisitos que han de darse para que el gravamen sea considerado oculto, es que además de no ser aparente no lo menciona la escritura y sea desconocido por el comprador. También tiene que ser una carga de naturaleza real (pueden ser constitutivos de derechos reales, limitativos de derechos de goce o de disposición del propietario). Por el contrario no son cargas, cargas los límites de la propiedad que las leyes imponen directamente sobre las cosas ni las limitaciones urbanísticas pues pueden ser conocidas por el comprador. Estos dos preceptos no son absolutos en las consecuencias que establecen pues las subordinan a la posibilidad de conocimiento de las respectivas circunstancias del comprador en este caso cedente, como puede ser el que sea un profesional inmobiliario.

<sup>511</sup>STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 11 de noviembre de 2003, sentencia 1037/2003, (RJ 2003,8290), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo, que en el fundamento segundo establece: “Se señala que el contrato de litis ha devenido imposible para la recurrente, sin que hubiese mediado comportamiento doloso o culposo por su parte, debido a que por sentencia de 12 de noviembre de 1992, el TSJ de Canarias había declarado nulo el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Mogán que aprobaba el planeamiento necesario para ejecutar la urbanización en cuyo seno se iban a construir las unidades, objeto del convenio suscrito por las partes en 1988. En segundo término ha de calificarse de acertada la decisión de que, si bien tal imposibilidad sobrevenida determina la extinción de la obligación, esto no significa que el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno, como en este caso sucede, ya

de la obligación de edificar o, subsidiariamente, que el Juez estableciera un plazo para el cumplimiento. La actora lo fundamentaba en que no había habido un comportamiento doloso o culpable por parte su parte, pues era ajena a la declaración de nulidad de un acuerdo municipal que aprobaba el planeamiento necesario para ejecutar la urbanización donde se iban a construir los inmuebles objeto del convenio formalizado entre las partes. Además habían transcurrido nueve años desde que se firmó el contrato. La Sentencia declaró que la imposibilidad sobrevenida extingue la obligación, de modo que en tales casos el deudor debe devolver las prestaciones que hubiere recibido, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto.

En estos supuestos, la doctrina entiende que los impedimentos urbanísticos hacen que el objeto sea inhábil definitivamente en el sentido de que procederá la resolución contractual, pues debe entenderse que ha quedado frustrado el fin del contrato, con independencia de que exista la posibilidad de que en el futuro el Ayuntamiento pueda realizar una modificación urbanística reconociendo aprovechamiento edificatorio a los terrenos que antes eran rústicos o bien que se les asigne una mayor edificabilidad.<sup>512</sup>

En caso de que la falta de prestación sea por culpa imputable al cesionario, se considera un incumplimiento contractual y el cedente, además de recuperar la propiedad del inmueble, siempre que no esté en posesión de terceros de buena fe, deberá ser indemnizado con los daños y perjuicios.

Sin embargo, puede suceder que, a pesar del incumplimiento, el cedente prefiera la prestación por equivalencia mediante el abono del valor del inmueble que se le iba adjudicar, más la indemnización por daños y perjuicios. Así sucede en la STS de 10 de marzo de 2009.<sup>513</sup>

---

*había ingresado en su patrimonio el precio convenido como contraprestación de una obligación de hacer que no va a cumplir. Es decir no puede ser exigido al deudor un cumplimiento que ha devenido imposible,, pero en aras de la buena fe y la equidad y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, si le incumbe proceder a la devolución de las prestaciones que con anterioridad hubiera recibido del otro contratante.*

<sup>512</sup> COSTAS RODAL, Lucía. “Imposibilidad sobrevenida y resolución del contrato de cesión de solar por obra futura. Sta. 20 de Noviembre de 2012”. *Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 10/2013. Comentario. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2013. BIB 2013\173. pg. 2/2.

<sup>513</sup> STS Sala 1ª Sección 1ª de 10 de marzo de 2009, sentencia 125/2009 (RJ 2009,2796). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

También, aunque no es lo habitual, el cedente puede solicitar el cumplimiento de la prestación, mediante la entrega de otro inmueble diferente, ante la imposibilidad de entrega del pactado, por haberse variado el proyecto de construcción. Esta circunstancia resulta una excepción a la norma de opinión general de que la parte cedente no está obligada a recibir prestación distinta a la comprometida y a que se le entregue en las condiciones pactadas, es decir, exacta, íntegra e idéntica, tal y como expresa la SAP de Madrid de 9 de junio de 2005.<sup>514</sup>

La SAP de Madrid de 18 de mayo de 2010 <sup>515</sup>recoge un supuesto de cesión de solar por obra futura por el cual los propietarios de una finca, la cedieron a la promotora Comunidad Santa Ana S.L, a cambio de la entrega de un chalet de 340 metros cuadrados. La constructora no entregó el inmueble comprometido en la fecha prevista, por lo que había incurrido en mora, pero, además, el chalet correspondiente a los cedentes había sido vendido a un tercero de buena fe, junto con el resto de la promoción, excepto uno. Además, los inmuebles construidos diferían de la superficie pactada, pues oscilaban entre 297 y 331 metros cuadrados. Los cedentes iniciaron un procedimiento judicial, solicitando la acción de cumplimiento consistente en la entrega del chalet que se encontraba sin vender; dicha entrega debía ser además libre de cargas, pues el inmueble se encontraba gravado con una hipoteca.

La promotora Comunidades Santa Ana S.L, alegó que por circunstancias sobrevenidas era imposible el cumplimiento, dado que el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón había denegado la licencia conforme al proyecto presentado, por lo cual habían tenido que modificarlo, y construir otra tipología de chalet, ya no adosado sino pareado, cambio de proyecto que no fue comunicado a los cedentes. La AP de Madrid, confirma la sentencia de instancia, al entender que existe un incumplimiento contractual por parte de la constructora, desestimado su pretensión de resolución por imposibilidad sobrevenida y confirmando el cumplimiento del contrato conforme a lo solicitado por los cedentes.

Otra cuestión que puede plantearse es aquella en la que la variación de la calificación de la finca cedida, y por tanto la imposibilidad sobrevenida se produce

---

<sup>514</sup>SAP de Madrid, (Sección 14º), de 9 de junio de 2005. Sentencia 398/2005, recurso 336/2004, (RJ 2005,176706), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Quecedo Aracil.

<sup>515</sup>SAP de Madrid (Sección 12ª) de 18 de mayo de 2010, sentencia 768/2008, recurso 768/2008 (RJ 2010,229094), Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Margarita Orejas Valdés.

poco antes de formalizarse el contrato, desconociendo el cesionario esta circunstancia. En este supuesto, hay que establecer, si existe responsabilidad del cesionario ante la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de construir y posteriormente de entregar los inmuebles comprometidos.

En este sentido, la STS de 16 de marzo de 2011,<sup>516</sup> en un supuesto de compraventa de solar, pero perfectamente extrapolable a un supuesto de cesión de solar por obra futura, comprador y vendedor acuerdan la venta de una finca como solar, el comprador se informó en el Ayuntamiento correspondiente, antes de la perfección del contrato, de que el solar era edificable. Pero por acuerdo municipal anterior en sólo once días al otorgamiento de la escritura de compraventa, pierde la finca la condición de edificable, calificándose el suelo como rústico y no edificable en su mayor parte, sin que se hubiera informado al comprador de esta circunstancia, siendo inhábil para la finalidad perseguida de edificar. Ante esta situación sobrevenida, la promotora insta la declaración de ineficacia del contrato, bien por rescisión o nulidad y, subsidiariamente, por resolución por incumplimiento de la vendedora.

La Sentencia de primera instancia, desestima la demanda por rescisión por entender que la promotora había comprado la finca como cuerpo cierto y por no haber solicitado un informe urbanístico hasta después de haberse otorgado escritura pública, aunque ya estaba calificada como urbana y apta para la edificación cerrada y esas características eran las que constaba en el plano facilitado por el Ayuntamiento a la promotora pocos días antes de otorgar la escritura de compraventa. Por tanto, la finca no era un terreno no susceptible de edificación ni un terreno con edificaciones de ordenación, por lo que rechazaba la rescisión. También se rechazó la demanda, afirmando que no había existido error, en atención a que la vendedora era una persona muy mayor, la compradora era una sociedad mercantil profesional en la materia y la compraventa se había hecho con intervención de un notario, por lo que el Juzgado consideró que la promotora podía haber evitado su error con un mínimo de diligencia, y, por último, rechaza la resolución por entender que no había habido incumplimiento por la vendedora pues vendió la finca como cuerpo cierto y sin ocultar la existencia de una carga.

---

<sup>516</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 16 de marzo de 2011, sentencia 155/2011, recurso 1087/2007, (RJ 2011,2875), Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

Interpuesto recurso de apelación por la Promotora ante la Audiencia Provincial, ésta estima el mismo y revoca la Sentencia de instancia, declarando la resolución del contrato y acordando la recíproca devolución por las partes de la finca y del precio entregado más los intereses correspondientes desde la fecha del contrato, hasta su completa devolución.

La parte compradora recurrió ante el TS, que confirmó la sentencia de la Audiencia, declarando en definitiva, que la modificación urbanística se había producido cuando la finca todavía era propiedad de la vendedora, y, por tanto, era esta parte la que objetivamente debía soportar las consecuencias, y los efectos de la resolución del contrato en aplicación de la teoría de los riesgos.

Supuesto diferente, es el que se plantea en la STS de 8 de noviembre de 2007,<sup>517</sup> en el que en una compraventa, se solicita la rescisión (según expresamente consta en la Sentencia comentada) de contrato por no ser las fincas edificables circunstancia ésta que desconocía la parte compradora, como alegó en su demanda, en la que además afirmó que en la escritura de compraventa no figuraba la calificación urbanística de las fincas, conforme establecía el art. 62.1 y 4 del TRLRS.

La Audiencia confirmó la rescisión del contrato, recurriendo los vendedores en casación en el que el Alto Tribunal, entiende que nos encontramos ante un supuesto de resolución y no de rescisión, decretando que no procede la resolución del contrato de

---

<sup>517</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 8 de noviembre de 2007, sentencia 1167/2007, recurso 4002/2000, (RJ 2007,8845), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Montés Penadés., que en su Fundamento de Derecho 5º dice: *“Este precepto dispone que el adquirente tiene facultad de resolver la compraventa en determinados casos, que como ya hemos visto, se contraen al supuesto de que los terrenos sean inedificables o que los edificios o industrias enajenados estén fuera de ordenación, sin que estos extremos se hagan constar en el título de enajenación. Se trata de un caso que técnicamente hay que calificar como resolución pues se faculta al adquirente a poner fin a la relación contractual por razón de una cierta condición del bien que es objeto de transmisión, condición o cualidad que no ha sido manifestada. En definitiva se trata de un remedio que se conecta al principio de interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato bilateral, lo que se expresa con el término sinalagma, que en esencia no es más que un medio de tutela frente a la inejecución o la ejecución defectuosa de la prestación (también aplicable en los casos en los que ha sobrevenido la imposibilidad de la prestación), supuestos en que no se satisfará el interés del acreedor, el cual habría de satisfacer su prestación sin un adecuado correspondiente, razón por la cual acude a un remedio que extinga la relación y permita la indemnización de daños y perjuicios. Por lo que la resolución se inserta en la causa de la relación, entendida como propósito empírico o fin económico-social de la relación establecida. No estamos, pues ante un caso de rescisión, que consiste en un remedio para obtener la ineficacia de una relación contractual por razón de que su resultado causa o puede causar lesión o perjuicio a intereses especialmente protegidos.”* En el Fundamento de Derecho 6º dice: *“Estimado el motivo segundo, y en consecuencia considerando inviable la resolución que se concedió bajo la veste de rescisión, carecen de interés el examen de los motivos, que como el Primero, los Séptimo, Octavo, Noveno y Décimo, trata, en definitiva de impugnar el pronunciamiento de la sentencia sobre los intereses art. 921.”*



compraventa, porque si el comprador hubiera sido diligente, podría haber conocido la situación urbanística de la finca por una simple consulta a los servicios técnicos municipales. Además, las fincas compradas eran rústicas y se vendieron como rústicas, de tal forma que esta circunstancia pudo hacer pensar al comprador que no eran edificables. En este supuesto, algún autor entiende que la Sentencia considera inaplicable una norma que expresamente impone la rescisión del contrato en el supuesto considerado por la Sentencia. La norma es el art. 62 del Texto Refundido del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 (vigente en el momento del supuesto de hecho) que impone al vendedor la obligación de hacer constar la situación de no edificabilidad de lo enajenado y concede al comprador la facultad de rescindir el contrato si el vendedor incumple esa obligación.<sup>518</sup>

En conclusión, puede establecerse que en los supuestos de cambio de planeamiento o urbanísticos, se considera un supuesto de resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación, al entenderse que no existe culpa o responsabilidad del cesionario. Los efectos de la resolución consistirán la restitución de las prestaciones.

Cuando se considere que existe culpa o responsabilidad del cesionario, como puede ser retraso en el inicio de la gestión urbanística, o de la solicitud de licencias, se consideran supuestos en los que existe culpa o responsabilidad del cesionario. En estos casos además de la restitución de las prestaciones, el cedente podrá reclamar daños y perjuicios. En los supuestos en que el cambio de planeamiento se produzca inmediatamente antes de la formalización del contrato, dependerá su calificación como imposibilidad sobrevenida por causa imputable al cesionario, si esta parte, pudo conocer desplegando una mínima diligencia, la realización de esos cambios. En estos casos, si aún desplegando esa diligencia, es imposible conocer los cambios producidos, existe causa de resolución sin indemnización al cedente. En caso contrario el cesionario deberá asumir sus riesgos.

Igual sucederá en los casos (poco frecuentes por la naturaleza de la prestación comprometida con el cedente) en que el cesionario haya asumido en el contrato de cesión los riesgos por cambios urbanísticos: no existe imposibilidad sobrevenida de la

---

<sup>518</sup> MONTSERRAT VALERO, Antonio. “Saneamiento por gravámenes ocultos” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2012. (Estudio). BIB 2012\1138. Ed. Aranzadi S.A. <http://www.westlaw.es/cisne.sim.ucm.es>. (consultado el 24.09.2012). pg.2/5.

prestación pues el cesionario adquiriría un inmueble cuya calificación urbanística estaba en cuestión. En este caso habrá un incumplimiento por parte del cesionario. Sin embargo este supuesto no será frecuente, porque las partes en el contrato introducen generalmente como condición resolutoria expresa esta circunstancia.

En estas dos últimas posibilidades, en nuestra opinión no puede expresarse una regla general pues habrá que analizar cada supuesto de hecho, para declarar si concurre o no la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

## **2.4 Cumplimiento inexacto de la obligación.**

Dentro de esta modalidad se encuentran el cumplimiento parcial y el cumplimiento defectuoso. En el primero, la falta de cumplimiento es de carácter cuantitativo y en el defectuoso de carácter cualitativo.

El art. 1169 del CC, establece que el acreedor no está obligado a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Nos encontraríamos, por tanto, ante una falta de cumplimiento de la obligación, pero la ejecución parcial o el cumplimiento no exacto de la obligación no implica la resolución del contrato, en base al principio de conservación de los contratos. No se trata de que cualquier ejecución parcial faculte para resolver conforme al art. 1124 CC, ni de que para que se produzca la resolución del contrato el incumplimiento haya de ser total y completo, sino que habrá que valorar el cumplimiento parcial conforme a los criterios doctrinales y jurisprudenciales antes señalados, como la frustración del fin del contrato <sup>519</sup> o la relevancia de lo cumplido o pendiente de cumplimiento.

---

<sup>519</sup> CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* op.cit. pg. 288. También en este sentido se pronuncia MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis. “Art. 1124 CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por D. Manuel Albaladejo García. Editorial Revista de Derecho Privado. Pg. 1241. Este autor refiere expresamente: “El acreedor insatisfecho puede pedir la resolución total, que se habrá de conceder en la medida en que no falte una mínima parte y no sea contrario a la buena fe rechazar la prestación que se ofrece.” Por su parte, FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. “El incumplimiento Resolutorio de los contratos bilaterales” op. cit. pg. 16, sintetiza, “como excepciones la posibilidad de determinar la resolución total del contrato por cumplimiento parcial de la prestación los siguientes supuestos: 1.-Que el programa prestacional haya sido realizado en lo fundamental o principal y se una parte mínima o de escasa importancia que falte por ejecutar. La razón estriba en que sería contrario a la buena fe rechazar por incompleta la prestación ofrecida, con el efecto resolutorio inherente a la falta de cumplimiento. 2.-Que la parte n se refiera no ejecutada prestaciones accesorias o complementarias en relación con aquellas que constituyan el objeto principal. La cuestión estribará en determinar cuándo la prestación no ejecutada es principal o accesoría, para lo cual habrá que estarse no sólo a la función que cumple, abstractamente considerada, en la estructura típica del contrato, sino también a la voluntad de las partes

Nuestro Ordenamiento no regula específicamente el cumplimiento defectuoso, salvo las regulaciones concernientes a algunos contratos típicos, que contemplan supuestos de realización defectuosa; así, en la compraventa, se regulan las acciones por vicios o acciones edilicias, y el régimen previsto para el exceso o el defecto de cabida, y la responsabilidad por vicios ruinógenos en el art. 1591 del CC, en sede de contrato de obra.

La evicción y los vicios ocultos reciben un tratamiento distinto a la resolución, por lo que llegados a este punto, la cuestión que se plantea es en relación con la aplicación del régimen general del incumplimiento de los arts. 1100 y 1124 del CC, o de las acciones de saneamiento por vicios ocultos o la responsabilidad por vicios de la construcción.<sup>520</sup>

De la Jurisprudencia del TS, pueden establecerse dos criterios para diferenciar la aplicación de una u otra regulación:

- a) Cuando se trata de un vicio o defecto cuya subsanación suponga la satisfacción del interés del acreedor, serán aplicables las acciones edilicias,
- b) Si la inhabilitación del inmueble es total, frustrando el interés del contrato, será aplicable la resolución del art. 1124 del CC.

En el contrato de cesión de solar por obra futura, se pueden destacar dos grupos de cumplimiento inexacto de la obligación, la existencia de vicios o defectos en los inmuebles, y la diferencia de cabida y calidad de lo entrega en relación a lo pactado.

#### **2.4.1 Vicios o defectos en los inmuebles.**

A diferencia de la ejecución parcial, en la ejecución defectuosa, la inexactitud es cualitativa. En estos casos, la prestación se ha ejecutado en su integridad, pero no reúne

---

*y al fin perseguido por ellas al contratar, dispensando el tratamiento de las principales a las prestaciones que, aún siendo objetivamente accesorias o complementarias, son contempladas y queridas como esenciales y necesarias al contratar”.*

<sup>520</sup> El TS no ha seguido un criterio uniforme declarando unas veces la compatibilidad entre unas y otras, pudiendo el perjudicado escoger la acción. Así la STS de 25 de abril de 1984 (RJ 1984, 2289). Posteriormente el TS ha ido evolucionando y ha optado por distinguir entre vicio oculto y entrega *aliud pro alio*, para determinar si eran aplicables las acciones edilicias en el primer caso o las acciones generales por incumplimiento contractual.

la calidad pactada o adolece de defectos que, de subsistir, impiden al cedente la utilidad prometida o esperada.

Cuando el cesionario, promotor de la construcción entrega los inmuebles comprometidos al cedente, con vicio o defecto de construcción, el cedente debe clarificar qué régimen es aplicable a sus circunstancias. Y además debe determinar quién ha de responder de esos defectos, ante la diversidad normativa que le va a ser aplicable, teniendo en cuenta que el CC, regula con carácter general el régimen de los incumplimientos contractuales, como en los arts. 1101 y 1124 y los específicos de la compraventa como el art. 1458 del CC. También es aplicable, la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, (LOE), el Código Técnico de la Edificación (CTE), e incluso lo establecido en el art. 1591 del CC por ruina del edificio en el contrato de obra.

Ante este marco normativo tan disperso, conviene clarificar lo siguiente:

- a) Los arts. 1101 y 1124 del CC, serán aplicables a los vicios y defectos imputables al constructor, cuando no se den las causas de fuerza mayor y caso fortuito, aunque en principio el art. 1124 CC parece reservado a los supuestos de incumplimiento total, nada impide su aplicación también a los supuestos de ejecución parcial.

En estas hipótesis, procede indemnizar al cedente no sólo cuando los vicios o defectos determinen el cumplimiento imposible, sino también en los supuestos de cumplimiento defectuoso, porque el art. 1124 CC, establece que en caso de que una de las partes no cumpla con lo que le incumbe, el perjudicado puede escoger entre el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños y abono de los intereses en ambos casos.<sup>521</sup>

- b) En cuanto a la aplicación del art. 1484 del CC, relativo a la compraventa, se aplica en el contrato de cesión de solar por obra futura, cuando los vicios o

---

<sup>521</sup> SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *El contrato de cesión de solar por edificación futura*. op.cit. pg. 91. En este mismo sentido se pronuncia DE LA HAZA DÍAZ, Pilar. *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del TS*. op.cit. pg. 33 “Cuando un comprador ha ejercitado la acción resolutoria, sin que el defecto del objeto comprado tuviese esta entidad, ha denegado la procedencia del ejercicio de esta acción y ha considerado a dicho comprador como legitimado para ejercitar exclusivamente las acciones específicas del cumplimiento defectuoso de la prestación.”

defectos de los inmuebles no sean de entidad suficiente como para fundamentar la resolución del contrato. El cedente en este caso, podrá reclamar por vicios ocultos o incluso acudir al art. 1591 y la LOE.

- c) La LOE, regula en los arts. 17 a 20, las responsabilidades y garantías de los diversos agentes que intervienen en el proceso constructivo, así como los plazos para reclamar según el vicio o defecto que afecte al inmueble.

Así para los *defectos estructurales*, entendidos como aquellos que afectan a la cimentación, los soportes, vigas, forjados, muros de carga u otros elementos estructurales, que comprometan directamente la resistencia mecánica o estabilidad del edificio, el plazo es de 10 años desde la recepción de la obra. Durante este tiempo, responden los diferentes agentes que han intervenido en la edificación (promotor, proyectista, constructor, director de obra). El plazo para ejercer la acción es de dos años desde la aparición del vicio y el plazo del responsable para poder repetir frente a otro agente es de dos años desde la sentencia firme, conforme al art. 18.2.

Para los *daños causados por defectos de elementos constructivos o requisitos de inhabitabilidad*, tales como protección del ruido, aislamiento térmico, gestión adecuada de residuos y estanqueidad entre otros, el plazo de responsabilidad es de tres años desde la recepción de la obra, el plazo de ejercicio es de dos años desde la aparición del vicio y el de repetición también de dos años desde la sentencia firme.

Para los *defectos de terminación o acabado de las obras*, el plazo de responsabilidad es de un año desde la recepción y el único responsable es el constructor. El plazo de ejercicio de la acción es de dos años desde la aparición del vicio.

Este régimen es compatible con la responsabilidad contractual de los distintos sujetos que intervienen en virtud del art. 17.9 de la LOE, de tal forma que el cedente también podrá reclamar frente al cesionario transmitente ejercitando las acciones contractuales pertinentes para reclamar por defectos de calidad.

#### **2.4.2 Diferencia a la baja de cabida y calidad.**

Estos supuestos se producen cuando el cesionario entrega al cedente los inmuebles comprometidos pero con menor superficie y con inferiores calidades a las

pactadas. El cesionario ha cumplido en parte con su obligación de entregar los inmuebles, pero no en los términos acordados, por lo que nos encontramos ante un supuesto de cumplimiento inexacto de la prestación.

En este caso, la frontera entre el incumplimiento total o el cumplimiento inexacto no está del todo clara, pero la doctrina, se inclina por entender que en estos casos es aplicable el art. 1468 del CC por remisión del art. 1541 CC a las normas de la compraventa en los supuestos de permuta ordinaria. En virtud del art. 1468 CC, el vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.

La cuestión que se plantea, es que en el contrato que nos ocupa, el objeto de la prestación no existe en el momento de la perfección del contrato por lo que la doctrina entiende que hay que interpretarlo en el sentido de que el estado de los apartamentos al perfeccionarse el contrato, es el que tenían según el proyecto sobre el que se contrató o en defecto, conforme a la memoria descriptiva que de los elementos se hiciera en el contrato de cesión de solar.

El problema surge cuando las partes no han sido muy exhaustivas en cuanto a la descripción de los inmuebles, su cabida y sus calidades, y los han determinado por unidad de cabida o mediante un criterio global. En principio, si no se ha establecido en el contrato una valoración del solar y de los pisos o se ha efectuado ésta sin fijar un tanto por unidad de extensión, si el cesionario entrega unos inmuebles de menor cabida que los prometidos inicialmente, no podrá realizar reclamación en ese sentido. La doctrina<sup>522</sup> considera que esta solución puede ser muy radical, de tal forma que teniendo en cuenta las características del contrato de cesión de solar, en relación con la compraventa, como es la existencia de dos objetos en vez de uno, entienden que no es absolutamente necesario que la valoración a tanto por unidad de medida se realice de los dos objetos, es decir, del solar y de los pisos a construir. Es suficiente que sólo uno de ellos haya sido estimado de esta forma para que no sea aplicable el art. 1471 del CC, sino los arts. 1469 y 1470 del CC. Coincido con esta interpretación, por entender que es la más justa y favorable para el cedente.

---

<sup>522</sup> Coinciden SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> Eugenia, *op. cit.* pg. 553 y SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.* pg. 95

Sin embargo, en estos casos, cuando se entrega un piso con menor extensión que la que inicialmente estaba pactada, o con defectos en la calidad, puede ser que este incumplimiento sea lo suficientemente grave o importante como para causar la extinción del contrato; por ello, hay que determinar qué acciones puede ejercitar el cedente en estos casos. El cedente puede rehusar la prestación, conforme a los arts. 1116 y 1169 del CC, y ejercitar a la vez una acción de corrección de la prestación bien mediante una adecuada indemnización compensatoria en metálico o bien mediante la entrega de otros pisos que satisfagan las prestaciones del deudor.<sup>523</sup>

En cuanto a la posibilidad de ejercicio de la acción de resolución, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una acción de resultado, se entiende que si la prestación no está totalmente satisfecha, el cedente también podrá pedir la resolución salvo que la parte incumplida sea poco importante, o que siga siendo útil para el cedente.<sup>524</sup> Otro sector doctrinal considera que también puede acudir a la acción resolutoria, cuando se ha realizado la corrección de la prestación pero ésta no satisface plenamente al cedente.<sup>525</sup>

La Jurisprudencia, por su parte, se ha pronunciado sobre el defecto de cabida en la STS de 25 de junio de 2009,<sup>526</sup> en un supuesto de cesión de solar por obra futura, aunque las partes lo habían denominado compraventa. La propietaria de una casa en el Barrio de la Caleta de Adeje (Tenerife) la cedió a la promotora Marandentofish, a cambio de 30.050 € más dos apartamentos con similares condiciones a los que se proyecte realizar en la parcela, pero debiendo tener los dos apartamentos una superficie aproximada de sesenta metros cuadrados. La propiedad rechazó las llaves de dos apartamentos por considerar que se había producido una falta de adecuación de la superficie pactada para cada apartamento con la efectivamente entregada. En concreto, los apartamentos eran de 50 y 43 metros cuadrados respectivamente. La AP de Santa Cruz de Tenerife, desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del juzgado de 1ª Instancia, al entender que no se daba en ese supuesto un incumpliendo esencial, sino accesorio, defectuoso o inexacto, pues aunque las superficies de los apartamentos que el demandado se había obligado a construir y entregar no se ajustaban

---

<sup>523</sup> SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia. *op. cit.* pg. 555.

<sup>524</sup> DE LA HAZA DIAZ, Pilar, *op. cit.* pg. 36

<sup>525</sup> SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia, *op.cit.* pg. 555. También SERRANO GOMEZ, Eduardo *op. cit.* pg. 97.

<sup>526</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 25 de junio de 2009, Sentencia 454/ 2009, Recurso 2694/2004, (RJ 2009,4238), Magistrado Ponente Excm. Sra. Dª Encarnación Roca Trías.

exactamente a las medias pactadas, sólo existía una desviación de lo pactado, pero no un incumplimiento, ya que no podía considerarse que les privara de ningún elemento esencial relativo a la estructura, características y uso a que pudieran ser destinados, lo que podría dar lugar únicamente a la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, el Alto Tribunal, examinando la cuestión en el recurso de casación interpuesto por los propietarios, considera en este caso que se ha producido la entrega de una cosa distinta a la realmente pactada, pues la diferencia de superficie constituye un cumplimiento defectuoso. De manera que se ha producido un incumplimiento esencial y declara resuelto el contrato por incumplimiento única y exclusivamente imputable a la promotora.

En cuanto a la diferencia de calidades, también la STS de 6 de septiembre de 2010<sup>527</sup> establece que la excusa en la calidad de la obra solo puede estar referida a las prestaciones esenciales no a aquellas complementarias que no impiden la realización del fin económico del contrato. En este supuesto, el TS establece la escasa gravedad de los desperfectos, comparando el importe de la reparación de los mismos, con el valor de la finca entregada. Por su parte, la SAP de Valencia de 10 de noviembre de 2011,<sup>528</sup> en un supuesto de cesión de solar por obra futura en el que se había pactado la entrega de un local con los mismos acabados y calidades que el resto de los bajos de la finca, se entrega un local sin pintar los paramentos y sin instalación eléctrica completa y, concretamente al aseo sin alicatado y faltando el termo de agua caliente. En este supuesto, la cedente solicitaba la ejecución de las obras que faltaban por realizar conforme a lo pactado o subsidiariamente la indemnización por el importe de las mismas.

---

<sup>527</sup> STS de 6 de septiembre de 2010, sentencia 518/2010, Recurso 1362/2006, (RJ 2010,6953), Magistrado Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías, que en su fundamento 4º dice: “Sin embargo sólo podría haberse predicado el incumplimiento del ahora recurrente si se hubiera referido a las prestaciones esenciales y no a aquellas complementarias que no impiden la realización del fin económico del contrato (STS de 17 de noviembre de 1995 (R/J 1995,8733) y la entidad de los desperfectos acordados en la propia sentencia recurrida principal (27195,06 €) da idea de la distancia entre lo entregado, el propio chalet y los desperfectos o defectos que la obra presentaba, por lo que no puede considerarse que se haya incumplido la obligación principal, ya que la vendedora entregó el inmueble y los defectos que éste presentaba no permiten concluir que existió un incumplimiento inequívoco de la vendedora que además, estuvo reparando, con mejor o peor fortuna, los desperfectos que fueron apareciendo.”

<sup>528</sup> SAP de Valencia (Sección 8ª) de 10 de noviembre de 2011. Sentencia 581/2011. Recurso 487/11-C (RJ 2012,12779). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Eugenio Sánchez Alcaraz.



El Juzgado estima la demanda y condena a la promotora al abono de una indemnización igual al coste de la reparación de las obras pendientes de realización para que el local entregado al cedente pueda entenderse en condiciones de cumplir un uso comercial ordinario. No obstante, la Audiencia Provincial confirma en este extremo la Sentencia apelada por la promotora, porque considera que la prestación presenta imperfecciones de escasa significación cualitativa, en el conjunto de la ejecución contractual, que no limita para alcanzar el fin al que se dirigía.

En nuestra opinión la inejecución parcial fue mínima, y la buena fe impide rehusar la prestación y no cabe considerar incumplimiento de calidad a efectos de la resolución contractual. En estos casos, las imperfecciones de la prestación sólo podrán dar lugar bien a su corrección, o, a la indemnización del perjuicio, o, a la reducción de la contraprestación.<sup>529</sup>

## **2.5 Retraso en el cumplimiento. La mora en el contrato de cesión de solar.**

El retraso del cesionario en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, tendrá consecuencias distintas, según se trate de un simple retraso, de un retraso moroso o de un retraso que tenga efectos resolutorios.<sup>530</sup> En principio, el simple retraso no da lugar a la resolución, salvo que la causa del retraso obedezca a la voluntad del deudor de incumplir y no simplemente a retrasarse; que la prestación no se haya realizado porque haya devenido imposible que el retraso haya frustrado la finalidad objetiva o subjetiva perseguida por el cedente. En este último supuesto, es independiente que el cesionario quiera o no cumplir, pues el criterio decisivo para la extinción del contrato es que, con motivo del retraso en la prestación, ésta se convierta en inútil.<sup>531</sup> Por tanto, cuando el incumplimiento afecta al plazo de cumplimiento de la prestación, en este caso de dar, se ha venido distinguiendo entre plazo esencial y plazo no esencial, entendiendo por aquél el que establece un momento preciso para el cumplimiento, pues después de ese momento ya no satisface al acreedor la prestación. En el caso de prestaciones sujetas a

---

<sup>529</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol I. parte Estudio. Editorial Aranzadi. S.A. Pamplona. 1997. pg. 17 BIB 1997\62.

<sup>530</sup> MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis. “Art. 1124 CC”. en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales. op. cit.* pg. 1243. Distingue el autor entre cumplimiento tardío, un cumplimiento que se venga produciendo con retraso o una inejecución que subsiste después de haber vencido el plazo contractualmente previsto.

<sup>531</sup> DE LA HAZA DIAZ, Pilar. *op. cit.* pg. 27 y también CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *op. cit.* pg. 321.

plazo esencial, el incumplimiento del mismo supone la frustración irrevocable del derecho que el acreedor pretendía lograr a través del contrato, y procede la resolución.<sup>532</sup> Cuando no se trata de un plazo esencial, se requiere que el incumplimiento sea grave y suponga la frustración de las expectativas del contratante que ejercita la resolución, pues de lo contrario bastaría para satisfacer su derecho la indemnización de los perjuicios.<sup>533</sup> En este sentido se pronuncia también la STS de 25 de junio de 2009.<sup>534</sup>

Por su parte, la STS de 28 de junio de 2010,<sup>535</sup> ante un supuesto de retraso por parte de la promotora cesionaria en un contrato de cesión de solar por obra futura, y ante las alegaciones de la promotora de que el plazo en este tipo de contratos no era esencial, el Alto Tribunal considera que en este tipo de contratos de cosa futura con plazo determinado, éste es esencial. La actuación de la sociedad cesionaria no ha consistido en un simple retraso que no daría lugar a la resolución, sino a un incumplimiento total cuando no entrega en el plazo previsto, y, mucho más, si no ha cumplido las obligaciones a que se había comprometido, dando lugar a la resolución del contrato. En este sentido, la cesionaria Arpo España S.A, se había comprometido con Promociones Cosegón S.L, mediante el contrato de cesión de solar, a ceder 5 fincas a la cesionaria a cambio del dinero más el 30% de edificación de la obra a construir sobre las fincas aportadas. Para ello, se obligaba la cesionaria también a tramitar la gestión urbanística de los terrenos que en relación a tres de ellos, se encontraba en trámite de aprobación,

---

<sup>532</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Art. 1125 CC. Comentario del Código Civil*. Dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez; Luis Díez-Picazo Ponce de León; Rodrigo Bercovitz; Pablo Salvador Coderch. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid 1991. pg. 101. Entiende el autor: *“La importancia teórica y práctica del término esencial radica en que hace coincidir rígidamente la fijación del día de cumplimiento con la satisfacción del legítimo interés satisfactorio del acreedor, quién vería burlado en caso de incumplimiento extemporáneo, por haberse producido en términos objetivos la frustración del fin práctico de la relación obligatoria de que se trate”*.

<sup>533</sup> SAP de Madrid (Sección 12) de 30 de enero de 2012, Sentencia 52/2012, Recurso 479/2010, RJ 2012,228888). FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *“El incumplimiento resolutorio en los contratos bilaterales”* op. cit. pg. 19. Entiende el autor, que *“vencido el tiempo en que debió haberse llevado a cabo, completa y correctamente la prestación, su postrera realización, siendo posible por no hallarse sujeta a término esencial, transforma en tardía y por ende, también inexacta, la ejecución hasta entonces omitida o deficientemente efectuada. Su recepción y aceptación por el acreedor impiden la apreciación en ella de una falta de cumplimiento susceptible de ser tomada en consideración como causa resolutoria del contrato aunque no alcancen a excluir la indemnización consiguiente a los perjuicios derivados de la demora sufrida. A idéntica consecuencia conducirá la relajación en la realización puntual de la prestación por la condescendencia del acreedor, tolerante con una ejecución fraccionada de la misma, fuera ya del tiempo previsto para ella.”*

<sup>534</sup> STS de 25 de junio de 2009. (RJ 2009,4238).

<sup>535</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 28 de junio de 2010, Sentencia 449/2010, Recurso 1258/2006, (RJ 2010,5416), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

disponiendo de un máximo de seis meses desde la aprobación del Plan de Actuación Integrada, para solicitar la licencia de obras. Respecto de las otras dos fincas, se obligaba a impulsar las propuestas y proyectos necesarios para alcanzar la condición de solar, disponiendo de un plazo máximo de tres meses para solicitar la licencia de obras desde que se aprobara el PAI o desde que se admitiera alguna actuación sobre la finca. El plazo de entrega de la parte de obra construida era de tres años y tres meses desde la obtención de la licencia de obras. En relación con las tres primeras fincas, el Ayuntamiento de Denia aprobó el plan en fecha 3 de mayo de 2001, por lo que debía solicitarse licencia de obras según el contrato en el plazo de seis meses. En relación con las segundas, el PAI no llegó a aprobarse por lo que Arpo España S.A debía impulsar propuestas y proyectos necesarios para que pudieran obtener la condición de solar. Sin embargo, en el primer caso no se llegó a solicitar licencia en el plazo oportuno, y en el segundo, no realizó ninguna actuación de impulso urbanístico por lo que la cedente, Promociones Cosegón S.L interpuso demanda interesando la resolución por incumplimiento de la obligación de la otra parte, ofreciendo la restitución del dinero que había recibido.

Por su parte, la STS de 14 de junio de 2011,<sup>536</sup> se refiere a un supuesto de compraventa donde las partes no habían calificado de esencial el plazo, puesto que habían fijado que el pago podía realizarse a lo largo de todo un mes y teniendo en cuenta que el retraso en el pago fue de pocos días, debe entenderse que no se ha frustrado el fin del contrato.

El simple retraso en el cumplimiento puede convertirse en retraso moroso. Para ello, una vez transcurrido el plazo pactado para el cumplimiento de la obligación el

---

<sup>536</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 14 de junio de 2011, Sentencia 456/2011, Recurso 369/2008, (RJ 2011,4530), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. que en su fundamento 3º dice: *“La AP entendió que el plazo que finalizaba el último día del mes de octubre de 2003 (estipulación 2ª) no había sido querido por las partes con carácter esencial, lo que abocaba a valorar la conducta de la compradora como simple retraso y no como un incumplimiento sustancial que diera lugar a la resolución instada de contrario... en segundo lugar, porque este carácter no esencial se compadece perfectamente con la propia conducta de las partes inmediatamente posterior a la expiración del mismo, ya que consta probado que la entidad compradora ofreció su pago pocos días después de conocer que disponía de financiación para hacer frente al mismo, y sobre todo, que la vendedora según reconoció su representante legal, se avino a otorgar escritura en fecha posterior, circunstancia ésta que refuerza la conclusión contraria a la existencia de un auténtico incumplimiento dado que puede afirmarse, que incluso APRA la propia vendedora, la pequeña demora no frustraba la finalidad del contrato ni perjudicaba sus legítimas expectativas de cobro, sino que únicamente suponía diferir el momento de pago al actor al otorgamiento de la escritura lo que además de ser práctica habitual, por lo antes dicho, tampoco consta que fuera en contra de lo pactado.”*

cedente deberá requerir judicial o extrajudicialmente al constructor para que cumpla con la obligación de entregar los inmuebles. La constitución en mora no produce, en principio, efectos resolutorios,<sup>537</sup> de tal forma que el constructor continuará obligado a cumplir sus obligaciones en los términos pactados, pero, como todo deudor moroso, está obligado a satisfacer la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados.<sup>538</sup> Sin embargo, la mora legítima para resolver si se ha frustrado el propósito negocial, evidenciándose una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, o si se deja de satisfacer el interés del cedente.<sup>539</sup> En este sentido se pronuncia la STS de 8 de octubre de 2002.<sup>540</sup> También la SAP de Madrid de 9 de junio de 2005, siguiendo la línea marcada por la Jurisprudencia del Supremo,<sup>541</sup> entiende que la mora es incumplimiento, cuando el término es esencial. En relación al cómputo y fijación de plazos de la mora y a los efectos de la indemnización diaria pactada a favor del cedente, la STS de 4 de septiembre de 2014,<sup>542</sup> establece que *desde la interposición de la demanda la*

---

<sup>537</sup> STS de 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7533) establece: “La mora no es un supuesto de incumplimiento, sino un caso de cumplimiento tardío de la obligación, porque en forma alguna se puede decir concluida la obra, haya incumplimiento por el contratista y se pueda pedir de forma solvente la resolución contractual, ya que lo que únicamente se puede solicitar por el dueño de la obra, de acuerdo con el art. 1101 del CC es la indemnización de daños y perjuicios que ese retraso ha producido a la parte contraria.”

<sup>538</sup> ARNAU MOYA, Federico. “Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura” *op.cit* pg.226. También en este sentido se pronuncia CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *op. cit.* pgs. 346-347, que fundamenta su posición en los siguientes argumentos: “El artículo 1124 CC establece la posibilidad de resolver del puro y simple hecho de que el deudor no haya cumplido y no hace referencia a la constitución en mora, pues en aquellos casos en que el legislador ha querido que la resolución vaya precedida de un requerimiento o intimación, lo ha hecho constar expresamente como es el caso del art. 1504 CC; El TS no ha recogido ninguna sentencia el requisito de constituir en mora para resolver; en nuestro ordenamiento no existe un precepto, que exija la previa constitución en mora para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, sino que cabe la indemnización por daños y perjuicios por causas distintas a la mora. Además el TS ha declarado que la indemnización que conforme al art. 1124 CC, que procede reclamar junto con la resolución, sólo se concederá si se prueba que el incumplimiento ha producido un daño o perjuicio al acreedor; en las obligaciones recíprocas, desde que los obligados no cumplen lo que le incumbe empieza la mora para el otro, sin que sea posible la reclamación judicial o extrajudicial”.

<sup>539</sup> CLEMENTE MEORO Mario Emilio, *op.cit.* pg. 350. También en este sentido se pronuncia ARNAU MOYA, Federico. “Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura” *op. cit.* pg. 226

<sup>540</sup> STS de 8 de octubre de 2002 (RJ 2002, 358), que en su fundamento 3º dice: “La sentencia recurrida ha examinado el tema de si las partes litigantes cumplieron sus obligaciones por cada una de ellas asumidas en el contrato de 16 de Abril de 1987 con la conclusión de que, cumplido por la actora su compromiso de entregar las fincas, el cesionario ha sido quién únicamente ha quebrantado los deberes asumidos voluntariamente, de donde deriva la procedencia de la acción resolutoria instada en la demanda, al estar acreditado que el demandado no sólo no ha construido los edificios, cuyo 20% en apartamentos y otro 20% en locales comerciales en planta baja debía ceder la actora, sino que ni siquiera ha solicitado licencia para dichas obras cuando expresamente se pactó que éstas debían comenzar antes del 15 de Enero de 1988, para lo que se establecieron plazos de ejecución en tres fases.”

<sup>541</sup> SAP de Madrid, (Sección 14ª), de 9 de junio de 2005. Sentencia 398/2005. Recurso 396/2004 (RJ 2005,176706), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Quecedo Aracil.

<sup>542</sup> STS Sala 1ª de 4 de septiembre de 2014. Sentencia 439/2014, Recurso 1496/2012. (RJ 2014,4607) .Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

*transmitente da por concluida la posibilidad de cumplimiento del contrato, por lo que ya no cabe hablar de retraso, pues la terminación de la obra deja de ser factible para ella, optando, por la resolución del contrato ante la violación sistemática de los plazos. Por tanto desde la presentación de la demanda se da por consolidado el incumplimiento que se transmuta en definitivo. Por ello la indemnización diaria se computará solo hasta la fecha de presentación de la demanda.*

### **3. LA FALTA DE OBTENCIÓN DE LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN. ¿SUPUESTO DE RESOLUCIÓN O MERO RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO?**

Llegados a este punto, parece necesario examinar qué ocurre en los supuestos de falta de licencia de primera ocupación, si esta circunstancia implica la resolución contractual o, por el contrario, estamos ante un mero incumplimiento no resolutorio. La cuestión no es baladí, puesto que la licencia de primera ocupación expresa la coincidencia de que las obras efectuadas son conformes a la licencia y al proyecto de edificación aprobado y, en definitiva, que cumplen con la normativa urbanística vigente. Además, en algunas Comunidades Autónomas, es imprescindible su obtención para la contratación de los servicios básicos, como la electricidad, el suministro de agua y gas, sin cuya presentación no es posible dicha contratación.

La falta de licencia de primera ocupación tiene ciertas referencias con la imposibilidad sobrevenida, pues en caso de no poderse obtener por infracciones urbanísticas, puede entenderse que no es posible, por parte del cesionario, el cumplimiento de la prestación de entrega de inmuebles. En este sentido, la Jurisprudencia, considera que el inmueble que ha de entregarse al cedente tiene que estar terminado y debe poder dedicarse a los usos previstos. Por tanto, puede pensarse que su falta de obtención implica la existencia de un incumplimiento total por parte del cesionario.

La Jurisprudencia, hasta ahora, había venido examinando cada supuesto concreto, para determinar, si en estas situaciones nos encontramos ante un incumplimiento total o bien un incumplimiento inexacto. Pero con la STS (Pleno) de 10

de septiembre de 2012,<sup>543</sup> se ha venido a despejar esta duda. Esta Sentencia establece que la falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación no tiene, en principio, carácter esencial que aboque a la resolución del contrato, salvo que las partes así lo hayan acordado.

La falta de obtención de la licencia de primera ocupación, debe valorarse como esencial, en los casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable porque se adivina que la obra no va a cumplir la legislación urbanística. En este caso, se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente. Por el contrario, si la falta de obtención de la licencia de primera ocupación, se debe a la simple demora en su obtención, no dará lugar a la resolución.

En el primer caso, ha de entenderse que la falta de obtención por deficiencias fácticas o jurídicas en un plazo razonable, produce una frustración de las legítimas expectativas que tenía el cedente al contratar.<sup>544</sup>

En este sentido, recientemente las SSTs de 11 de marzo de 2013, 20 de marzo de 2013 y 10 de junio de 2013,<sup>545</sup> consideran procedente la resolución de los contratos de compraventa. Ciertamente, esta línea jurisprudencial no hace más que aplicar la Jurisprudencia consolidada respecto al art. 1124 CC. La novedad<sup>546</sup> estriba en que declara una inversión de la carga de la prueba de la imposibilidad, al establecer que ha de ser el promotor quién ha de probar el carácter meramente accesorio y no esencial de

---

<sup>543</sup> STS (Pleno) de 10 de Septiembre de 2012. (RJ 2013,3366).

<sup>544</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. “La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 7/2013. Comentario. pg. 4. BIB 2013\2202

<sup>545</sup> STS de 11 de Marzo de 2013 (RJ 2013,2590), entiende que “*el cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en sentido puramente físico, con paredes, echo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia y que, en cambio, el promotor vendedor sí debe despejar adecuadamente como responsable de que la edificación se ajuste a las normas urbanísticas*”. También se pronuncian en este sentido las SSTs de 20 de Marzo de 2013 (RJ 2013,4594) y 10 de Junio de 2013 (RJ 2013, 3944).

<sup>546</sup> STS (Pleno) de 10 de Septiembre de 2012 (RJ 2013,3366). Establece la citada sentencia en relación a la carga de la prueba, que: “*De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte contra la que se formula la alegación de incumplimiento es decir, a la parte vendedora (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.*”

la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble un uso adecuado. En este sentido, la doctrina <sup>547</sup> considera que la aportación de estas Sentencias, solamente incorpora una importante matización consistente precisamente en la inversión de la carga de la prueba. Pues si en la doctrina del incumplimiento esencial es el adquirente el que, ante el retraso o cualquier otro incumplimiento no pactado como resolutorio, carga con las consecuencias de la falta de prueba de la frustración del contrato. Por el contrario, en el caso de licencia de primera ocupación, es el vendedor, en nuestro caso cesionario, el que ha de acreditar y probar que se trata de una simple demora en la concesión y que no obedece a obstáculos legales.

#### **4. ¿ES APLICABLE EL REQUERIMIENTO DEL ART. 1504 DEL CC AL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA?**

El artículo 1541 del CC, relativo a la permuta, remite a la aplicación de las normas de la compraventa en todo aquello que no esté regulado dentro de aquella figura. Por tanto, teniendo en cuenta que una parte de la doctrina considera que este contrato es una permuta, se ha planteado si el art. 1504 del CC, relativo a la obligatoriedad del requerimiento de pago, en sede de compraventa, es también aplicable a la permuta y, por ende, a los contratos en los que existe un intercambio de prestaciones. Debemos analizar si el contenido de este artículo entra en contradicción con el art. 1124 del CC, porque según el art. 1504 CC el Juez, una vez que el vendedor ha efectuado el requerimiento, no puede dar un nuevo plazo al comprador para cumplir con el pago. Sin embargo, el art. 1124 del CC, permite al Juez, establecer un plazo para el cumplimiento de la prestación por parte del acreedor, cuando concurra justa causa.

---

<sup>547</sup> GONZÁLEZ-CARRASCO, M<sup>a</sup> del Carmen. “El retraso en la licencia de primera ocupación no es incumplimiento esencial si ya está solicitada y el promotor prueba que se cumplen los requisitos para su concesión” Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562 del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”) que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco). RUBIO TORRANO, Enrique. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2014. Parte Tribuna. Editorial Aranzadi. S.A. Pamplona 2014. Entiende el autor: “La doctrina que emana de estas sentencias del Tribunal Supremo, en particular a partir de la de 10 de septiembre de 2012, establece, a mi juicio, de modo correcto y de forma clara, el papel que desempeña la obtención de la licencia de primera ocupación en el proceso adquisitivo de un bien inmueble en construcción destinado a vivienda.”

Las posibilidades o no de establecer un plazo por el Juez contemplada respectivamente en los preceptos anteriores aparentemente son contradictorias.

Esta polémica fue objeto de un gran debate tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, si bien hoy existe la doctrina consolidada de que ambos artículos no se contradicen, sino que se complementan,<sup>548</sup> en el sentido de que en la resolución de la

---

<sup>548</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentario al art. 1504 del Código Civil. Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*. Editorial Aranzadi, S.A. Enero de 2009. BIB 2009\1075, entiende el autor que: “La especialidad aludida, y a la vez la complementariedad del art. 1504, respecto del 1124, se refleja en tres particularidades puestas de manifiesto, por ALBÁCAR LÓPEZ, como son, por un lado, que la finalidad que persigue el vendedor a través de la aplicación del artículo 1124 sea la del cumplimiento del contrato o resolución, mientras que mediante el art. 1504 puede ser exclusivamente su resolución; lo que no obsta a que el vendedor incluso de bienes inmuebles, pueda ejercitar la acción del art. 1124, descartando la del artículo 1504, para lograr el cumplimiento contractual. Por otro, que mientras la acción del artículo 1124 puede suponer de pleno derecho, es decir, por la mera petición del vendedor la resolución del contrato, en el artículo 1504 es más benévola, en principio, que la del art. 1124, ya que autoriza a pagar después de vencido el término, aunque concurra el pacto comisorio y hasta que se produzca el requerimiento; una vez practicado, resulta de mayor severidad y determina la resolución, sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento, y prohibiendo de forma expresa y absoluta la concesión de un nuevo término para cumplir la obligación.” Por su parte, la STS (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 2000. Sentencia 850/2000. Recurso de Casación 3909/1996. (RJ 2000,7531). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, que en su Fundamento de Derecho Cuarto dice: “Sobre la relación arts. 1504 y 1124 CC, cuya aplicación se cierne en el litigio, se subraya que “el art. 1504 como norma específica, fija las consecuencias resolutorias de las compraventas de bienes inmuebles por impago de precio, precepto este que, como una copiosa jurisprudencia muestra que huelga mencionar, es singular y complementa lo relativo a la sanción anterior del art. 1124, en la idea de que al tratarse de la compraventa de bienes inmuebles, se precisa antes de la resolución, el requerimiento efectuado judicial o notarialmente a los vendedores; sobre esa yuxtaposición –arts. 1124-1504 es amplísima la doctrina de esta Sala que los declara compatibles y complementarios entendiendo que el art. 1504 constituye una especialidad de la regla general contenida en el art. 1124. Cuando se trata de pago del precio en la venta de bienes inmuebles, y ha existido un correcto requerimiento judicial o notarial, queda vedado para el juez el otorgamiento de un nuevo plazo según los términos del art. 1504, pero esto no impide que para el éxito de la acción resolutoria regulada en este artículo, sea indispensable que concurran los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción derivada del art. 1124” Y es que, la interrelación de los arts. 1124 y 1504 CC, reiterando una decantada jurisprudencia, es bien elemental contrastando las respectivas sanciones de uno y otro, en el bien entendido que ambos contemplan la posibilidad resolutoria de los contratos u obligaciones bilaterales o sinalagmáticas a causa de incumplimiento por alguno de los obligados o contratantes, pudiendo destacarse:

a) Que el art. 1124, como precepto genérico, y aparte de otras alternativas frente a ese incumplimiento, se refiere a todo tipo de contratos bilaterales, cuando se incumpla por alguno de los obligados lo que les incumbe, en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado, en su caso, podrá instar la resolución, aunque, claro es, ese remedio no esté previsto en el contrato, porque se trata de una facultad resolutoria implícita en las recíprocas.”

b) El art. 1504, como norma específica, solo juega en la venta de inmuebles, y ante la clase de incumplimiento por impago del precio, total o parcial por supuesto, sancionándose, entonces, que aún cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho de resolución, el comprador podrá pagar aún después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido, y hecho el requerimiento del Juez no podrá concedérsele un nuevo término, norma pues, que claramente viene aplicar en tema de inmuebles la anterior genérica del art. 1124, al que de alguna manera excepciona”.

En este mismo sentido se pronuncia más recientemente la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 de junio de 2006. Sentencia 538/2006. (RJ 2006,3521). Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.



compraventa están contemplados todos los requisitos de las obligaciones recíprocas, más un plus exigido por el art. 1504 del CC, consistente en el requerimiento previo a la resolución judicial. Este requerimiento implica que el deudor no puede cumplir ya con su obligación de pago transcurrido el plazo. Así, al vendedor de un bien inmueble con precio aplazado le asiste el art. 1124 del CC quedando también obligado por el que específicamente establece el art. 1504 CC. En este sentido se pronuncia la STS de 18 de octubre de 2004<sup>549</sup> entre otras muchas.

Por ello, la posibilidad o no de la aplicación del art. 1504 del CC, al contrato de cesión de solar por obra futura, es de consecuencias importantes, pues si es aplicable, el art. 1504, es exigible el requerimiento resolutorio previo y el juez no podrá establecer un nuevo plazo para el cumplimiento de la prestación por parte del cesionario. Respecto a esta cuestión, en un principio la doctrina y la Jurisprudencia no han sido unánimes, existiendo opiniones y resoluciones a favor y en contra de su aplicación. Así en sede judicial, la SAP de Cádiz de 24 de febrero de 2004,<sup>550</sup> mantiene la aplicación de este precepto legal a la permuta, en virtud de la aplicación subsidiaria indicada de la compraventa a la permuta. Más recientemente, se postula en el mismo sentido la STS de 28 de junio de 2010,<sup>551</sup> argumentado que el art. 1504 es aplicable a la permuta inmobiliaria por analogía entre ambos supuestos, pues uno se trata de resolución por falta de entrega de precio y otro de cosa futura permutada y por remisión del art. 1541 del CC. Sin embargo, se ha producido últimamente un giro jurisprudencial importante, tanto del TS como de las Audiencias, que se inclinan por entender que no es aplicable el requerimiento de pago del art. 1504 del CC al contrato de cesión de solar por obra futura.<sup>552</sup> En este sentido se pronuncia la SAP de Las Palmas de 3 de octubre de 2005,

---

<sup>549</sup> STS de 18 de octubre de 2004, (RJ 2004, 6571), que establece: *“El art. 1504 del CC adiciona sobre el art. 1124 del mismo, que dicta la regla general sobre la forma y efectos de producirse la resolución de las obligaciones sinalagmáticas, la especialidad llamada en la doctrina del “pacto de lex comisorio”, o más reducidamente “pacto comisorio” sin perderse en principios las exigencias del mismo por las reglas de aquel.”*

<sup>550</sup> SAP de Cádiz de 24 de febrero de 2004, (RJ 2004, 105719)

<sup>551</sup> STS de 28 de junio de 2010 (RJ 2010,4516), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz que establece: *“Tanto la sentencia de instancia como la mencionada de la Audiencia Provincial han entendido que la única parte que ha incumplido sus obligaciones es la promotora, que se obligó a una actuación y a una edificación, nada hizo y pasado un año aproximadamente de la terminación de los plazos pactados recibió el requerimiento de resolución que prevé el art. 1504 del CC no aplicable directamente a este caso, ya que contempla la resolución por falta de pago del precio y aquí se trata de resolución por falta de entrega de precio sino de cosa futura permutada, pero si aplicable por analogía y por mor del art. 1541 del CC”.*

<sup>552</sup> STS (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2013. Sentencia 23/2013. Recurso de Casación 629/2010. (RJ 2013,350). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán que en tiende: *“En realidad,*

<sup>553</sup> que en un supuesto de resolución de contrato por incumplimiento de la parte cesionaria, entiende que no es de aplicación el art. 1504 del CC a pesar de la remisión que el art. 1541 del CC hace a las disposiciones concernientes a la compraventa en todo lo no regulado especialmente para la permuta.

Por su parte, la STS de 6 de junio de 2006<sup>554</sup> nos parece una clara representación de las dudas y confusión que existía en cuanto a la aplicación del art. 1504 del CC, pues en un principio, la Sentencia dictada por la Audiencia determina que los contratantes habían denominado el contrato como de compraventa, pero que el contrato era un contrato atípico *do ut des* y de permuta. Posteriormente, el TS se refiere a que es una compraventa de inmuebles, por lo que admite la aplicación de dicho artículo al supuesto de hecho, pero determina que no es aplicable pues la resolución la ejercita el deudor, es decir el cesionario mediante el ejercicio de una cláusula resolutoria explícita, y el art. 1504 del CC establece que es el vendedor el que ha de efectuar el requerimiento. El Alto Tribunal, admitía, la aplicación del art. 1504 del CC, pero no a ese supuesto concreto pues era el deudor, el que todavía no había cumplido con su prestación, el que instaba la resolución.

Sin embargo, la STS de 2 de diciembre de 2011,<sup>555</sup> en un supuesto de resolución de contrato de cesión de solar, establece los razonamientos que determinan la no

---

*cuando la jurisprudencia interpreta el art. 1541 CC restringiendo la aplicabilidad del régimen de compraventa a la permuta lo hace en relación con las normas de la compraventa más estrechamente relacionadas con el pago del precio, especialmente con el art. 1504 CC, en cuanto supedita la resolución por falta de pago a un requerimiento judicial o notarial.”*

<sup>553</sup> SAP de Las Palmas (Sección 5ª), de 3 de octubre de 2005, Recurso 689/2004 (RJ 2005,26224), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ángel Guzmán Montesdeoca Acosta, que en su fundamento 1º dice: “La ratio decidendi de la sentencia se encuentra en que no se considera infringida por la demanda las obligaciones que impone el art. 1124 CC para decretar la resolución del contrato. Todo ello, en síntesis después de haber calificado el juez a quo la relación jurídica como constitutiva de un contrato innominado atípico “do ut des”, con analogías con la permuta y la compraventa, sin que, por un lado haya probado la demandada la existencia de un acuerdo entre las partes para suspender la solicitud de licencia de construcción hasta que los actores inscribieran los terrenos en el Registro de la Propiedad, y por otro, que ésta última tuvo lugar cuatro años después de celebrarse el contrato, con sólo un retraso de dos meses, lo que no supone un incumplimiento grave del demandado, dadas las circunstancias que expone y el proceder de los actores, debiendo ser aplicado el principio de conservación del contrato, pues no es de aplicación la doctrina del art. 1504 del CC sobre resolución de pleno derecho de la compraventa (pacto comisorio), que se invocan también por los demandantes, a pesar de la remisión que el art. 1541 del CC hace a las disposiciones concernientes a la compraventa en todo lo no regulado especialmente para la permuta”.

<sup>554</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 de junio de 2006. Sentencia 538/2006 de 6 de Junio. (RJ 2006,3521). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

<sup>555</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, de 2 de diciembre de 2011, Recurso 1756/2008 (RJ 2011,8156), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz que en su fundamento de derecho 3º dice:

aplicación del art. 1504 del CC, estableciendo que este artículo se aplica al contrato de compraventa cuando se ha incumplido la obligación de pago por el comprador, y, en el supuesto concreto, no se dan estos dos requisitos, pues no existe compraventa ni se ha producido incumplimiento del precio por el comprador.

Por su parte, en la doctrina tampoco existe unanimidad en cuanto a su aplicación; así, hay autores que se muestran contrarios a la aplicación del art. 1504 del CC,<sup>556</sup> estableciendo estos últimos que el elemento diferenciador por excelencia de la venta y la permuta es el precio y que ambos contratos realizan una función de cambio pero en la permuta el cambio es *in natura*, por lo que el art. 1504, que estricta y expresamente se refiere solamente a la venta de bienes inmuebles y a la falta de pago del precio, inexistente en la permuta, por lo que no se puede aplicar a ésta. Otros autores,<sup>557</sup> cada uno por muy diversas razones, entienden que sí es aplicable el art. 1504

---

*“Precisamente, al declararse esta naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes, no cabe la aplicación del art. 1504 del CC, que se alega como infracción por inaplicación en el motivo tercero del recurso. Este artículo se aplica a un doble supuesto: que se trate de una compraventa de cosa inmueble y que se haya incumplido la obligación de pago del precio por el comprador. Ninguno de ambos supuestos concurre aquí: no es compraventa, como se ha dicho, sino negocio jurídico complejo y no se ha producido un incumplimiento de la obligación de pago de precio. Los argumentos que se exponen en el desarrollo del motivo, por más que insistan en el requerimiento que exige este art. 1504, en nada puede alterar que no hay compraventa, ni hay falta de cumplimiento de la obligación de pago.”* En este mismo sentido, se pronuncia la STS (Sala 1ª) de 20 de octubre de 2011. Sentencia 765/2011, Recurso 1537/2008.(RJ 2011,6846) Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz que establece: *“En la venta de bienes inmuebles a un cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio convenido, tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término. Lo cual no es aplicable al contrato de permuta que carece de precio cuyo impago dé lugar a la resolución, sino que se trata de cambio de cosa por cosa; no exactamente un simple trueque, sino obligación de entregar una cosa por una parte y la otra, obligación de entregar otra cosa sin perjuicio de que una de ellas pueda ser futura, que es el caso presente. No tiene, pues, posible aplicación el art. 1504.”*

<sup>556</sup> JIMÉNEZ LINARES, Mª José. “Resolución por incumplimiento de los contratos de permuta de solar” *Aranzadi Civil* 10/2005 pg. 7. Añade esta autora, *“que en virtud del art. 1538 del CC cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra. Aunque en la apreciación de las partes contratantes las cosas permutadas posean un valor igual o análogo, e incluso ese valor trascienda de algún modo a las cláusulas del contrato y pueda servir para señalar la base contributiva a efectos fiscales o a la fijación del suplemento dinerario cuando los bienes permutados tengan valor diferente, no se le puede en modo alguno dar significación de precio o equivalente económico de las cosas que se permutan. En la permuta no existe precio, ninguno de los contratantes queda obligado a realizar una prestación dineraria, ni se puede distinguir por tanto entre comprador y vendedor. En la permuta no se establece una contraprestación entre cosa y precio.”* También se muestra contrario, FAUS, Manuel. “Permuta de solar por finca futura”. *Breviario Civil* 2012. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/permuta-solar-finca-futura-261672> pg. 7/14. (consultado el 18-11-2013).

<sup>557</sup> SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia, *op. cit.* pg. 583, entiende que es necesario el requerimiento resolutorio en estos supuestos, argumentando que *“al presupuesto general de que ha de tratarse de una transmisión de inmuebles perfecta, pero con precio o prestación aplazada, aunque no se haya aplazado en su totalidad sino en parte, porque lo esencial es que no es aplicable a las transmisiones al contado, razón por la que en el supuesto de la permuta su aplicabilidad es especialmente necesaria en el supuesto de cosa presente por cosa futura.”* También en este sentido se pronuncian ÁLVAREZ MORENO, Mª Teresa y JIMÉNEZ MANCHA, en “Comentario a la sentencia del TS (Sala 1ª) de 31 de julio de 1995” en

CC a este contrato, por lo que es necesaria la realización previa del requerimiento. También hay quien se inclina por posiciones intermedias,<sup>558</sup> entendiendo que será necesario determinar en cada caso si la norma de que se trate es o no compatible con el contrato de permuta y se pueda aplicar, sin establecer una regla general sobre las normas relativas al precio.

No obstante las divergencias de criterios anteriores, lo cierto es que si las partes lo pactan, no existe problema en admitir la aplicación del art. 1504 CC, en virtud del principio de autonomía de la voluntad.<sup>559</sup>

En nuestra opinión, visto el estado de la Jurisprudencia, que en sus resoluciones más reciente, y, superando los primeros tiempos de confusión ha evolucionado hacia una postura totalmente clara. Establece la no aplicación del art. 1504 del CC, al contrato de cesión de solar por obra futura, y como consecuencia no es obligatorio realizar el requerimiento intimidatorio al entender que el citado precepto legal es

---

*Revista de Derecho Privado* 1996. pgs. 166 y ss. ambos autores consideran aplicable el art. 1504 CC a la permuta y por extensión al contrato de cesión de solar a cambio de obra futura utilizando diversos argumentos, como la necesidad de determinar caso por caso si las normas sobre el precio en la compraventa son o no aplicables a la permuta y también plantean el supuesto de la permuta con compensación dineraria (art. 1446 CC) preguntándose si en estos casos se aplicarían las normas de la compraventa sobre el precio sólo porque en este caso hay una prestación dineraria. Entienden que no parece muy lógica la diferenciación tratándose en ambos casos de un contrato de permuta. Por último, cuando el art. 1504 permite al comprador que pague aún después de haber transcurrido el plazo, lo hace en atención a la especial importancia que tiene en el patrimonio de los particulares la compraventa de un inmueble y este razonamiento es igualmente aplicable al caso de la permuta. Por su parte, ZURITA MARTIN, M<sup>a</sup> Isabel, *op. cit.* pg. 50 también considera compatibles estos preceptos, cuando dice que “no hay problema en invocar ambos preceptos con el propósito de alcanzar la resolución contractual, porque como reiteradamente tiene declarado, nuestra jurisprudencia más reciente, los arts. 1124 y 1504 del CC no se eluden entre sí, sino que se complementan”. También GARCIA CANTERO, Gabriel. “Art. 1538CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XIX. Artículos 1445 a 1541. <http://vlex.com/vid/artículo-1-538-257163>. Id. vLex: VLEX-257163. Admite también la aplicación del art. 1504 del CC, a este contrato. También RUDA GONZÁLEZ, Albert. *Contrato de Cesión de Suelo por Obra*. Epígrafe: “Incumplimiento del Contrato de Cesión de Suelo por Obra”. <http://www.tirantoline.comTOL.636.501>. Entiende el autor: “La opinión que defiende la aplicabilidad del art. 1504 CC, se basa en la analogía entre la compraventa y la permuta, en la necesidad de dar un sentido a la remisión del art. 1541 CC, que de excluir las normas de la compraventa sobre precio quedaría muy limitada y que el fundamento del art. 1504 CC la trascendencia del negocio inmobiliario es el mismo en los dos casos. Para defender esta opinión hay que presuponer que el art. 1504 CC se refiere al precio como mera contraprestación, sin tener en cuenta su carácter pecuniario. El mero hecho de que la norma aluda al precio no puede, pues constituir un parámetro que permita excluir la analogía sin hacer antes una valoración de la compatibilidad con la permuta de cada norma concreta sobre compraventa. Declarar inaplicable el art. 1504 del CC, sería excepcionar el art. 1541 CC y la excepción no debe presumirse”.

<sup>558</sup> PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> Carmen. *Cesión de solar a cambio de obra futura*. pg. 296. Madrid 2002.

<sup>559</sup> Así se pronuncian PLANA ARNALDOS. M<sup>a</sup> Carmen, *op. cit.* pg. 298 y SERRANO GÓMEZ, Eduardo *op. cit.* pg. 106.

específico del contrato de compraventa <sup>560</sup>y se refiere expresamente al impago del precio,<sup>561</sup> salvo pacto expreso en contrario dado su carácter de norma de Derecho dispositivo.

## **5. LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL CESIONARIO. ¿SUPUESTO DE MODIFICACIÓN O DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO?**

### **5.1 Planteamiento del problema.**

El contrato de cesión de solar por obra futura, se caracteriza por la falta de simultaneidad entre las prestaciones de cedente y cesionario, de tal manera que el cedente cumple habitualmente con su obligación principal de entrega del solar, desde el principio de la relación contractual, mientras que el cesionario difiere su prestación en el tiempo, pues antes de entregar los inmuebles comprometidos al cedente ha de edificarlos. En ese proceso entre el cumplimiento de uno y otro, pueden surgir vicisitudes o circunstancias de toda índole, que pueden desequilibrar las prestaciones entre las partes, pudiendo convertirse, en onerosas para el contratante pendiente de cumplimiento de su obligación.

El contrato de cesión de solar por obra futura es un caso típico en el que podría entenderse que el cambio de circunstancias urbanísticas y económicas puede desequilibrar de tal manera las prestaciones de cedente y cesionario, que éste último considere que el cumplimiento de la prestación de entrega de los inmuebles, alcanza una onerosidad excesiva o imposible de cumplir. Como veremos la doctrina y la Jurisprudencia distinguen de otras instituciones como la imposibilidad sobrevenida, marcando la diferencia en que en este caso de la imposibilidad sobrevenida, es esencial

---

<sup>560</sup> STS (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 2011. Sentencia 914/2011. Recurso de Casación 1756/2008 (RJ 2008,8157). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en su Fundamento de Derecho 3º dice: *"Este artículo se aplica en un doble supuesto: que se trate de una compraventa de cosa inmueble y que se haya incumplido la obligación de pago del comprador. Ninguno de ambos supuestos concurre aquí: no es compraventa, como se ha dicho, sino un negocio jurídico complejo y no se ha producido un incumplimiento de la obligación de pago del precio"*.

<sup>561</sup> MONTES PENADES, Vicente Luis. "Art. 1124" en *comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por D. Manuel Albaladejo García. Tomo XV, Vol. 1º. Editorial Revista de Derecho Privado. Año 1989. pgs. 1205 y 1208. Entiende este autor, en relación al art. 1504 y 1124 CC, que *"el art. 1124 no precisa efectuar un requerimiento intimidatorio y es aplicable solamente a los contratos bilaterales o sinalagmáticos, mientras que el pacto comisorio puede también ser añadido a los contratos unilaterales y, finalmente, que en el supuesto del art. 1504 es específico, y se refiere a la compraventa de bienes inmuebles y al impago del precio"*

que la prestación ya no pueda realizarse, y en el caso que nos ocupa de alteración sobrevenida de las circunstancias, la prestación continúa siendo realizable, pero su cumplimiento es susceptible de producir un resultado rechazable por el ordenamiento jurídico, debido a razones de justicia y equidad.

No es descabellado este pensamiento, cuando las dificultades que afectan al mercado inmobiliario, especialmente las relativas al descenso de las operaciones y la minoración de los precios del suelo, ha provocado que los promotores intenten de alguna manera desligarse de la relación jurídica que les une al cedente. También puede suceder, que aquellos que celebraron un contrato de cesión de solar sobre suelos pendientes de recalificación urbanística, ante la posterior toma de conciencia legislativa de los grandes excesos urbanísticos cometidos en los últimos años no resultaran calificados definitivamente de edificables en su integridad,<sup>562</sup> causando la correspondiente desvalorización prestacional.

## **5.2 La cláusula *rebus sic stantibus* y su más reciente jurisprudencia.**

La cuestión es determinar qué sucede en estos supuestos, si nuestro Ordenamiento tiene recursos para atender estas situaciones, y, en su caso es proclive o reticente a las mismas.

Llegados a este punto, conviene recordar que el principio de la obligatoriedad de los contratos, recogido en el art. 1091 CC, se ha convertido en un pilar de nuestro Derecho contractual, de tal forma que toda la doctrina elaborada en torno al Derecho de contratos, siempre tiene presente la preservación de la relación contractual. Por otro lado, tampoco existe en nuestro CC<sup>563</sup> ningún precepto específico que regule este tipo

---

VIVAS TESÓN, Inmaculada. “La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: Necesidad de una regulación.” *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 2/2010 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2010. BIB 2010\554.

<sup>563</sup> Sin embargo, si recoge ya esta cláusula la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra que en su párrafo 3º establece: “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución.”

También la propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, recoge su propuesta de formulación legal y concreta los presupuestos de aplicación del precepto:

“Art. 1213. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las

de situaciones, por lo que la Jurisprudencia ante la falta de un precepto que establezca la revisabilidad de los contratos ha aplicado generalmente la regla *rebus sic stantibus*<sup>564</sup> sin embargo en ocasiones ha fundado también sus resoluciones en las teorías de la ruptura o desaparición de la base del negocio. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, está admitida en los contratos de tracto sucesivo, y con mayor excepcionalidad en los contratos de tracto único cuando su cumplimiento está diferido

---

circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.”

También ha sido recogido en Códigos Civiles de nuestro entorno, como en Italia el Codice Civile de 1942 en sus arts. 1467 a 1469; el portugués en sus arts. 437 a 439; el holandés en los artículos 258, y el BGB recientemente reformado en 2002 en el 313. También en América lo recoge el Código Civil Argentino en el art. 1198.2; el art. 868 del Código de Comercio Colombiano de 1971; los arts. 1440 a 1446 del Código Civil peruano de 1984; y el Código Civil Brasileño de 2002 en los arts. 478 a 480. Por otro lado la excesiva onerosidad ha sido recepcionada tanto por los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, como por los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos.

<sup>564</sup> Sin pretensión de realizar un estudio doctrinal sobre el particular, y con la exclusiva finalidad de clarificar los requisitos para la aplicación de la cláusula cuya finalidad se pretende, hay que recordar que la cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus* (mientras las cosas sigan como era y no surja algo nuevo), tiene su origen en la Edad Media, pero sus antecedentes en un pasaje de Cicerón, citado por San Agustín y recogido en el *Decretum* de Graciano, en el cual se expresaba que el deudor no estaba obligado a restituir la espada al acreedor que, en el ínterin, había perdido la razón, permitiendo así la modificación o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias de su celebración. Esta doctrina, fue objeto de gran estudio por la Escuela Natural del Derecho, descartada en el siglo XIX por el auge de las teorías de la voluntad, fue retomada cuando Europa comienza a sufrir los efectos de la crisis económica provocada tras la primera guerra mundial. Por ello en un país afectado gravemente por la misma, Alemania, cobra auge la denominada doctrina sobre la base del negocio, fruto de la publicación en 1921 de la conocida y esencial monografía de PAUL OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*.

En España comienza a replantearse su aplicación, tras sufrir las consecuencias de la guerra civil, siendo admitida muy excepcionalmente por la guerra civil, y muy excepcionalmente por el Tribunal Supremo, pero desterrando una aplicación generalizada, alejada de la cautela y rigor formal, ratificando su calificación de cláusula peligrosa, en una doctrina de restrictiva aplicación. En la doctrina, se plantea en el estudio de la doctrina de la causa de los contratos, siendo su principal exponente D. FEDERICO DE CASTRO, reconduciendo la apreciación de las circunstancias sobrevenidas a la teoría de la causa. La influencia de la causa no se limita al momento de la celebración del contrato, sino a sus vicisitudes posteriores, partiendo de la conexión de la causa y que la frustración del propósito del negocio, puede admitir que quede abierta la posibilidad de acudir al Juez para que resuelva el negocio o modifique sus efectos. Otra parte de la doctrina, ponía el acento, en la equivalencia de las contraprestaciones; alteración de las circunstancias que produce lesión, o excesiva onerosidad que no encuentra verdadera contraprestación; no faltando quien recurre al enriquecimiento sin causa, el abuso de derecho, o incluso aquellas razones que inciden en que la alteración de las circunstancias cuando hacen muy gravoso el cumplimiento del contrato puede constituir un caso de fuerza mayor. Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. “Alteración de las circunstancias en el art. 1123 de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”. Estudio Doctrinal. *Boletín Ministerio de Justicia*. Año LXV núm. 2130. Abril 2011. pgs. 12-13. [www.mjusticia.es/bjm](http://www.mjusticia.es/bjm). Publicado originariamente en el número 4/2009 Indret.

en el tiempo o la prestación es futura.<sup>565</sup> El Tribunal Supremo <sup>566</sup> ha venido estableciendo varios requisitos para la aplicación de dicha regla, todos ellos de carácter restrictivo como son:

- a) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;
- b) Desproporción exorbitante fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que quiebre el equilibrio de las prestaciones
- c) Que existan circunstancias sobrevenidas totalmente imprevisibles.

En este sentido, se viene exigiendo que estas circunstancias no se hayan producido por culpa del deudor, y que no se encuentre en mora y ha de ser permanente y no temporal o coyuntural.<sup>567</sup>

---

<sup>565</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; CASTILLA BAREA, Margarita; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> del Carmen. MADRAZO LEAL, Juan; PÉREZ CONESA, Carmen. EFICACIA DEL CONTRATO. “Novación modificativa del contrato/incidencia sobrevenida de factores externos con capacidad de alterar el contenido contractual. La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.” Epígrafe 8. Documento TOL1.803.702. <http://www.tirantonline.com>. pg. 4/13. También ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, Fernando M; XIOL BARDAJÍ, María; LUNA YERGA, Álvaro. “Crisis económica y cláusula *Rebus Sic Stantibus*” ¿Cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo?”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 3/2013. Parte Comentario. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2013. BIB 2013\1056. pg. 2/8. También DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. “La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 7/2013. Parte Comentario. Editorial Aranzadi. S.A. Pamplona 2013. BIB 2013\2202. pg. 10/12.

<sup>566</sup> STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 25 de enero de 2007. Sentencia 79/2007. (RJ 2007,595). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

<sup>567</sup> SAP (Sección 8<sup>a</sup>) de Valencia de 20 de mayo de 2013. Sentencia 229/2013. Recurso de Apelación 667/2012. (R/J 2013,2303) Magistrada Ponente Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Fe Ortega Mifsud, que en su fundamento de derecho 2º dice: “*Acreditado el incumplimiento de la parte demandada y que el mismo fue a ella imputable no puede acogerse la pretensión de que se aplique la cláusula rebus sic stantibus, además, la Sala 1ª TS, ha dicho que ha de hacerse una interpretación restrictiva y casuística, atendiendo a los casos y circunstancias que la imposibilidad sobrevenida ha de ser definitiva y no haberse producido por culpa del deudor, así como para apreciar la imposibilidad sobrevenida ha de ser definitiva y no haberse producido por culpa del deudor; que no hay imposibilidad cuando se pueda cumplir con un esfuerzo de voluntad del deudor, así como para apreciar la imposibilidad sobrevenida se requiere que el deudor no se halle en mora; la regulación de los artículos 1272 y 1184 del CC, recogen una manifestación del principio “ad impossibilia nemo tenetur”, no existe obligación de cosas imposibles, cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor, puede consistir en una imposibilidad física o material o legal pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor; se excluye la imposibilidad pasajera o temporal o coyuntural; tampoco cabe alegar imposibilidad cuando se puede cumplir mediante modificación del contenido de la prestación de manera que resulte adecuada a la finalidad perseguida. Aplicando esta doctrina jurisprudencial, al supuesto examinado, resulta como antes se ha examinado los supuestos incumplimientos fueron imputables a la conducta de la demandada y además si la jurisprudencia establece que no es aplicable a la imposibilidad coyuntural o pasajera, esta característica tropieza con la petición de imposibilidad sobrevenida no imputable y que por otra parte se le conceda plazo para cumplir como interesa la demandada. A ello hay que añadir que sin desconocer esta Sala la crisis financiera e inmobiliaria la demandada pide la concesión de plazo cuando dicha situación es más difícil en la actualidad que en el año 2008. La doctrina y Jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula rebus sic stantibus que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de la consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las*



La imposibilidad de la prestación, no sólo puede ser física o legal, sino también económica, cuando no se produce ningún beneficio al que ha de recibirla, cuando es totalmente ruinosa para recibirla.<sup>568</sup> Sin embargo MUÑIZ ESPADA,<sup>569</sup> considera que es preferible que se resuelva la situación por acuerdo entre las partes porque la intervención judicial forzosa puede implicar mayores riesgos. Introducir soluciones externas a los propios interesados puede producir inseguridad jurídica que afecte a la confianza entre las partes que es esencial en las relaciones contractuales.

Pero, de nuevo, una situación de crisis, en este caso los efectos de una grave crisis financiera que ha afectado de forma importante a la actividad inmobiliaria, ha hecho resurgir las tesis sobre posibles consecuencias de la alteración de las circunstancias de forma extraordinaria y han multiplicado las peticiones de aplicación de esta cláusula en los Tribunales.

Tradicionalmente, la Jurisprudencia del TS ha declarado que la evolución económica de un país y las situaciones de crisis económica global de un sector económico en particular, no pueden suponer una justificación genérica del incumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, es cierto que, en la actualidad, el TS ha revisado los criterios de aplicación de esta regla, facilitando, aún en su excepcionalidad, su aplicación en supuestos relativos al contrato de compraventa. En este sentido, la STS de 8 de noviembre de 2012 <sup>570</sup> admite que la crisis económica

---

*partes, lo que ha de haber producido un riesgo imprevisible y por último la subsidiaridad por no haber otro remedio.”*

<sup>568</sup> VIVAS TESÓN, Inmaculada. “La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación.” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2010. Parte Estudio. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2010. Pg 6/16 BIB 2010/554. Por su parte, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La cláusula rebus sic stantibus*” Tirant Monografías. Año 2003 pg. 258, considera que las circunstancias imprevisibles pueden ser todo tipo de hechos humanos, naturales, técnicos, económicos, políticos o normativos.

<sup>569</sup> MUÑIZ ESPADA, Esther. *Revisión crítica de la figura de la novación*. pg. 94. Cuadernos de Derecho Registral. Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2011.

<sup>570</sup> STS (Sala 1ª) de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2013,2402). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, que establece: “*Por el contrario conviene puntualizar, fuera del contexto del presente caso, que aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” (estando así las cosas), cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica*”. En este mismo sentido se pronuncia la STS (Pleno) de 17 de enero de 2013. Sentencia 820/2013. Recurso 1590/2010. (RJ 2013,1819). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. Expone textualmente lo siguiente: “*La cláusula o regla rebus sic stantibus (estando así las cosas) trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su*

puede ser considerada un hecho imprevisible a los efectos de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. La STS de 17 de enero de 2013,<sup>571</sup> no obstante suponer una apertura a una interpretación más flexible de esta cláusula, mantiene notas relativas a la imprevisibilidad, carácter extraordinario, aplicabilidad restrictiva y cautelosa, con consideraciones más objetivas relativas a la doctrina de análisis económico del contrato, en cuanto a las referencias a la asignación de riesgos y finalidad del contrato.<sup>572</sup>

### **5.3 Análisis de posibles supuestos de excesiva onerosidad en el contrato de cesión de finca por construcción futura.**

El contrato de cesión de solar por obra futura, se caracteriza por ser un contrato de tracto único, pero diferida en el tiempo el cumplimiento de una de las obligaciones,

---

*aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1091 del CC, de que los contratos deben ser cumplidos. Más excepcionalmente aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria. Más concretamente, en relación con compradores de viviendas que debían pagar el precio en tiempo más o menos próximo al inicio de la todavía subsistente crisis económica, la sentencia número 597/2012 de 8 de Octubre, ha rechazado tanto la nulidad por vicio de consentimiento como la resolución por incumplimiento solicitadas por una compañía mercantil que había comprado tres viviendas de una misma promoción inmobiliaria y alegaba que la vendedora se había comprometido a obtener la subrogación de la compradora como deudora hipotecaria, razonándose en la sentencia de esta Sala que el deudor debe prever fluctuaciones del mercado, amén de apreciarse en la sociedad compradora una finalidad especulativa; la sentencia núm. 568/2012 de 1 de Octubre, ha rechazado unas pretensiones similares de la compañía mercantil compradora de una vivienda, que igualmente alegaba el compromiso de la vendedora de facilitar la financiación del pago del precio, razonando esta Sala que “era previsible que el banco no hubiese aceptado la subrogación por falta de solvencia, pues a la propia compradora se le denegaron los préstamos que directamente solicitó a las entidades financieras” y la sentencia núm. 731/2012, de 10 de Diciembre, ha rechazado unas pretensiones semejantes de los cónyuges compradores de una vivienda en una urbanización de la costa razonando que la propia ambigüedad de su planteamiento impedía dilucidar si en verla les interesaba o no la financiación del pago mediante un préstamo hipotecario.” En su Fundamento de Derecho 6º continúa diciendo: Ahora bien, que la regla *rebus sic stantibus* pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior, y en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertir en un incentivo para el incumplimiento.”*

<sup>571</sup> STS (Pleno), de 17 de enero de 2013. Sentencia 820/2013. Recurso de casación 1590/2010 (RJ 2013,1819). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

<sup>572</sup> ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, Fernando; XIOL BARDAJÍ, María; LUNA YERGA, Álvaro. “Crisis económica y cláusula *Rebus sic stantibus*: ¿cambio de vía en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo?”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2013. Parte Comentario. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2013. BIB 2013\1056 Entienden estos autores: “A nuestro juicio, esta modificación no supone privar a la regla de su carácter excepcional, ni tampoco generalizar su aplicación a cuales quiera alteraciones sobrevenidas como consecuencia de una crisis económica y por la mera ocurrencia de ésta. La sentencia se refiere, exclusivamente, a los casos de imposibilidad de financiación para la compra de inmuebles en contratos celebrados antes de que se manifestara externamente la crisis económica y matiza expresamente que no en todos los casos en que se contante dicha imposibilidad procederá la aplicación de la regla.”

quizás la más significativa, que es la de construcción y posterior entrega al cedente del inmueble construido por parte del cesionario, de ahí que en nuestra opinión será alegada siempre por el cesionario que es quién tiene diferida la prestación en el tiempo. Desde este punto de vista, *a priori* puede decirse que entraría dentro de las posibilidades la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Sucede sin embargo, que hay que examinar si pueden cumplirse en este contrato, el resto de los requisitos que de manera excepcional y restrictiva, viene estableciendo la Jurisprudencia. Conviene así, examinar los dos supuestos más habituales que se han considerado en relación con este contrato como posibles circunstancias que pueden provocar excesiva onerosidad en la prestación del cesionario, como son:

- a) La crisis económica y como consecuencia de ello la falta de financiación o el aumento de costes de la edificación
- b) Las modificaciones del planeamiento urbanístico y demás actuaciones complementarias al mismo, como la obtención de licencias de edificación.

### **5.3.1 Crisis económica sobrevenida a la firma del contrato.**

En relación al primero de los supuestos ya se pronunciaron hace tiempo los Tribunales, al entender que la crisis económica no podía considerarse una alteración sobrevenida de las circunstancias que permitan la modificación de la prestación. Recientemente, la SAP de Ciudad Real de 6 de febrero de 2014,<sup>573</sup> hace un extenso análisis de la STS de 17 de enero de 2013,<sup>574</sup> en un supuesto de contrato de cesión de solar por obra futura, en el que la parte cedente presenta una demanda de cumplimiento de contrato de cesión de solar por un local y cochera cerrada en construcción y reclamación de daños y perjuicios. La promotora, se opone y presenta reconvencción alegando la frustración del fin del contrato, por imposibilidad sobrevenida invocando el art. 1184 del CC a pesar de que la edificación a entregar, es decir el local y la cochera,

---

<sup>573</sup> SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 6 de febrero de 2014. Sentencia 31/2014. Recurso de Apelación 297/2013. (RJ 113,2014). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Pilar Astray Chacón. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Valencia (Sección 8ª) de 20 de Mayo de 2013. Sentencia 229/2013. Recurso 667/2013. (RJ 2013,2303).

<sup>574</sup> STS (Pleno) de 17 de enero de 2013. Sentencia 820/2013, Recurso 1590/2010. (RJ 2013,1819). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

se encuentran ya contruidos, pero entiende que se produce un cumplimiento injusto y enriquecimiento para la otra parte si se entregan tales inmuebles. Además alega que, ante la alteración de las circunstancias, ofreció la posibilidad de modificar las prestaciones entregando los inmuebles a cambio de que la demandante se hiciese cargo del préstamo hipotecario que gravaba el local y la cochera de nueva construcción.

Ante la falta de acuerdo, la promotora solicita que se deje sin efecto el contrato de cesión de solar suscrito en su día con la demandante, en base a la frustración del fin del contrato, en cuanto la misma estaba interesada en adquirir el solar permutado, junto con otros colindantes, con el fin de construir junto con los otros solares un edificio.

Entiende la promotora que dicha finalidad, al estar mencionada en los antecedentes del contrato, se ve alterada por la situación de crisis económica del sector, lo que impide y frustra el fin económico que determinó el contrato. El Juzgado de Instancia, estima en parte la demanda interpuesta por los cedentes, condenando a la promotora demandada al cumplimiento del contrato de permuta y desestima la reconvencción formulada por la misma con base en los fundamentos anteriores.

La promotora interpone recurso de apelación contra esta Sentencia, argumentando nuevamente la inviabilidad de la finalidad del contrato por la crisis económica que sobreviene de forma imprevisible tras la firma del contrato. Añade, además, que no resulta real imaginar una forma de financiar y construir un edificio en esta situación, costes adicionales de novación de crédito hipotecario que grava los inmuebles a permutar, así como la falta de proyección de negocios futuros, afirmando que el mercado inmobiliario ha desaparecido en esa zona, con una bajada espectacular en los últimos tres años. Invoca también, para fundamentar sus pedimentos, la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 17 de enero de 2013, que reconoce la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* y la consideración de la crisis económica como hecho notorio.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real desestima el recurso, al entender que no existe una circunstancia extraordinaria e imprevisible, sino que lo que sucede es que no le es rentable económicamente la construcción realizada, pues no se ajusta a los cálculos de ganancias previstas. Pero ello no es en sí mismo una circunstancia extraordinaria ya que la promoción o construcción inmobiliaria es la actividad profesional propia de la

promotora, es decir, se encuentra dentro del marco profesional de la misma y, por tanto, la existencia y la asunción de los riesgos económicos son consustanciales a la propia actividad inmobiliaria. Añade, además, que la crisis económica por sí misma<sup>575</sup> y la falta de financiación no puede justificar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; sino que han de analizarse las circunstancias del contrato que han de entenderse alteradas. En este sentido, la Jurisprudencia más reciente recaída en el contrato de cesión de solar por obra futura considera la falta de financiación como una falta de previsibilidad imputable a la empresa. Así sucede en la SAP de Valencia de 20 de mayo de 2013,<sup>576</sup> que procede a la resolución del contrato por incumplimiento de la promotora.

Como consecuencia de lo anterior, puede decirse, que, la crisis económica, no pueden ser considerada, como circunstancia sobrevenida y excepcional en el contrato de cesión de solar por obra futura, porque uno de los contratantes al menos, generalmente el cesionario, es un profesional de la construcción, por lo cual el riesgo económico está implícito en su propia actividad, es decir, pertenece al *aleas* del contrato. La Jurisprudencia más recientemente es clara en el sentido de que no se aplicará esta regla en los supuestos en que uno de los contratantes sea profesional y por tanto pueda prever esos riesgos o tenga por su propia actividad la obligación de

---

<sup>575</sup> La jurisprudencia de diferentes Audiencias en estos últimos años a propósito de las crisis económica, ya había fallado en contra de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* en contratos de compraventa. Así por ejemplo, la SAP de Álava (Sección 1ª) de 1 de marzo de 2012 (RJ 2012, 185465), Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Mercedes Guerrero Romeo, que entiende: “No se cumplen en nuestro caso los requisitos exigidos por la jurisprudencia para aplicar la “cláusula *rebus sic stantibus*” y así modificar las cláusulas del mismo. La alteración alegada por el recurrente no puede ser considerada extraordinaria ni imprevisible, la demandada es una empresa dedicada a la adquisición de terrenos urbanos y rústicos por lo que bien pudo prever el descenso de las ventas y la bajada de precios en el sector, consecuencia de la desaceleración del mercado inmobiliario, es más cuando el contrato se firma ya había comenzado ese desplome que alega según han dicho los expertos continuamente en todos los medios de comunicación.”

También se pronuncia en este sentido la SAP de Madrid (Sección 19ª) de 9 de febrero de 2012. (R/J 2012, 108874). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez. La SAP de Lleida (Sección 2ª) de 20 de marzo de 2012. (R/J 2012, 154060). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. Dª Ana Cristina Sainz Pereda, dice: “La crisis en el sector de la construcción no puede suponer una justificación genérica para el incumplimiento de las obligaciones por todos los que se dedican a este sector, siendo más que evidente la enorme inseguridad jurídica que se produciría en caso de admitirse tal planteamiento, y más teniendo en cuenta que en el presente caso tampoco puede considerarse que estemos ante una situación extraordinaria e imprevisible”.

<sup>576</sup> SAP de Valencia (Sección 8ª) de 20 de mayo de 2013. Sentencia 229/2013. Recurso de Apelación 667/2012. (RJ, 2013,2303). Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª María Fe Ortega Mifsud, que en su Fundamento de Derecho Segundo establece: “En nuestro caso no concurren los presupuestos para la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de las obligaciones, pues el incumplimiento se ha producido por causa atribuible al demandado y no a circunstancias ajenas al mismo y también cabe señalar, a efectos de excluir la concurrencia de alegación de imposibilidad sobrevenida o fuerza mayor, que no procede su aplicación en supuestos en los que concurre una falta de previsión sobre las propias capacidades económicas para hacer frente al esfuerzo financiero al que estaba obligado.”

asumirlos en caso de que se produzcan. Por ello, el requisito de riesgo imprevisible que exige para aplicar esta cláusula no va existir en este tipo de contratos, los Tribunales siguen insistiendo en su aplicación excepcional y restrictiva.

### **5.3.2 La modificación sobrevenida del planeamiento urbanístico.**

Es habitual que las promotoras vayan adquiriendo solares o terrenos para edificar a largo plazo, con objeto de dar continuidad a su propia actividad. Esta circunstancia unida al hecho de la escasez de terrenos edificables, hizo en la época de mayor actividad inmobiliaria que se adquirieran y se acumularan inmuebles, bien por compra o bien mediante la concertación de contratos de cesión de solar por obra futura con propietarios, que a veces también necesitaban del desarrollo de actuaciones urbanísticas, cuyo proceso a veces es lento y prolongado en el tiempo, por el sinfín de problemas que suelen encontrarse en la tramitación o porque al final se frustra con la modificación del planeamiento. También puede suceder que se dé la circunstancia inversa, inmuebles que eran edificables y posteriormente dejan de serlo.

En ambos supuestos, es decir, cuando se formalizan contratos sobre fincas edificables como cuando se adquieren fincas en principio no edificables pendientes de modificación de su calificación en el planeamiento urbanístico, o a veces de futuros aumentos de edificabilidad que no se logran, los cesionarios se encuentran en estos casos con la imposibilidad de cumplir con su prestación de entregar los inmuebles al antiguo propietario, previa la edificación de los mismos, por un acontecimiento ajeno e independiente de la voluntad de las partes y de carácter legal.<sup>577</sup> La cuestión en estos supuestos es determinar cómo afectan esas alteraciones a la posición del cesionario y consecuentemente a los intereses del cedente, que observa cómo se ha desprendido de un inmueble transmitiendo incluso su propiedad.

La Jurisprudencia <sup>578</sup>en estos casos y con carácter general, no ha admitido la aplicación de este expediente técnico a este tipo de supuestos de modificación de

---

<sup>577</sup> CASTILLA BAREA, Margarita. “La desaparición sobrevenida de la causa y la imposibilidad sobrevenida fortuita en la compraventa a consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico”. *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Registradores de España. Thomson Civitas Tomo II. pg.1436.

<sup>578</sup> STS (Sala 1ª) de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000,9214). También la STS de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2009,7296), que en su Fundamento de Derecho 3º dice: *El segundo de los motivos del recurso de casación alega la infracción del art. 1.3 del CC al no tener en cuenta la concurrencia del principio*

planeamiento o del otorgamiento de licencias, al entender que estas circunstancias se encuentran dentro del *alea* del contrato y del ámbito de la propia actividad profesional del cesionario. En este sentido, considera que no se da el requisito de la imprevisibilidad, al entender que estas circunstancias son previsibles cuando se trata de un profesional de la actividad inmobiliaria.

Así lo reconoce la STS de 20 de noviembre de 2009,<sup>579</sup> en un supuesto de contrato de cesión de solar por obra futura, entendió que no era aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* en un supuesto de minoración de edificabilidad pues las partes habían previsto en el contrato una planificación de setenta y cinco viviendas por hectárea y la realidad fue que sólo se concedía autorización para construir treinta y cinco. El Alto Tribunal, entiende que no es una modificación tan grave de las circunstancias, teniendo en cuenta que las partes habían pactado como prestación al cedente del 11,50% de los inmuebles edificables, entregados 50% en viviendas y 50% locales en porcentaje, que es el mismo tanto cuando se reconoce mayor edificabilidad como menor. En definitiva es un riesgo inherente a la actividad de la promotora dedicada al sector inmobiliario.

La doctrina,<sup>580</sup> por su parte, también se muestra conforme con esta argumentación jurisprudencial, porque entienden que la propia legislación regula las condiciones de la transmisión de fincas afectadas por el planeamiento urbanístico, y porque los cambios urbanísticos que afectan a los inmuebles no se producen de modo repentino y pueden ser fácilmente conocidos con una mínima diligencia.

---

*general del derecho relativo a la cláusula rebus sic stantibus. La argumentación de este motivo se halla en la gran minoración de la edificabilidad de los terrenos objeto de la cosa futura: en el contrato se decía literalmente que previéndose una planificación de setenta y cinco viviendas por hectárea, y la realidad fue que sólo se concedía autorización para construir treinta y cinco. La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula rebus sic stantibus que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre los momentos de la perfección del contrato y el de la consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que ha de producir un riesgo imprevisible, y por último la subsidiariedad por no haber otro remedio. Lo cual puede dar lugar no a la extinción del contrato sino a su modificación o revisión.”*

<sup>579</sup> STS Sala 1ª de 20 de noviembre de 2009. Sentencia 781/2009. Recurso de casación 1904/2005. (RJ 2009,7296). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

<sup>580</sup> MARTÍNEZ VALENCOSO, Luz M. “Riesgo negocial y cláusula rebus sic stantibus”. *Indret*1/2011 pg. 13-14. En este mismo sentido se pronuncia RAGEL SÁNCHEZ, Felipe Luis. *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Madrid 2000.pgs. 660 a 662. Entiende este autor que el cambio urbanístico debe tenerse en cuenta dentro del alea del contrato o riesgo que supone una operación de este tipo.

## CAPITULO V

### LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE CESIÓN DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA Y DE LA DECLARACIÓN CONCURSAL DEL CESIONARIO.

#### 1. INTRODUCCIÓN

El art. 1124 del CC no se refiere a los efectos de la resolución por incumplimiento salvo el efecto indemnizatorio o resarcitorio. El efecto principal es el de la extinción de las obligaciones recíprocas y de los efectos inherentes a la relación contractual. Este efecto puede desdoblarse en dos, el efecto liberatorio y el restitutorio.<sup>581</sup>

Con el resarcimiento, se pretende recomponer el valor del patrimonio del contratante que, como consecuencia del daño sufrido, ha visto cómo su valor disminuía; en definitiva se trata de restablecer el equilibrio que se había perdido por la producción del daño. En la restitución, se pretende también la restitución del equilibrio en el patrimonio del deudor mediante la recuperación del bien. La causa en cada uno de ellos es diferente: en el resarcitorio, es la producción de un daño; en la restitución, es el enriquecimiento injusto.<sup>582</sup>

#### 2. LA RESTITUCIÓN

En la resolución de las obligaciones recíprocas, el efecto lógico es la restitución o devolución por cada uno de los contratantes de la prestación que hubiera recibido del otro, con el objetivo de que ambas partes recuperen la situación anterior a la firma del contrato: es la llamada retroactividad, opinión consolidada tanto en la doctrina científica<sup>583</sup> como por la Jurisprudencia, que en la reciente STS de 26 de marzo de

---

<sup>581</sup> MONTFORT FERRERO, M<sup>a</sup> Jesús. *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio*. Tirant Monografías. Valencia 2000. pg. 43

<sup>582</sup> MONTFORT FERRERO, M<sup>a</sup> Jesús. *op. cit.* pg. 53.

<sup>583</sup> La doctrina en cuanto a la retroactividad, distingue varias clases: La retroactividad obligacional, y la retroactividad real. A su vez esta última puede ser retroactividad absoluta cuando es oponible erga omnes, o real relativa cuando no es oponible a terceros adquirentes de buena fe con adquisiciones a título oneroso. En nuestro CC, debe descartarse una retroactividad real absoluta, por la remisión que se hace a los arts. 1295 y 1298 del C.C. Sin embargo en cuanto a si la retroactividad es real relativa u obligacional, la doctrina se encuentra dividida, hay autores que la consideran una retroactividad obligacional, como CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. op.cit.* Valencia 1998. pg. 252. dice el autor: “Aunque el efecto de la rescisión es la de tornar las cosas al estado anterior, en su aspecto económico, no se da el efecto retroactivo real, a diferencia de lo que



2012<sup>584</sup> se vuelve a reiterar. En el contrato de cesión por obra futura, además de la falta de regulación específica de los efectos, nos encontramos con el hecho de que uno de los objetos que han de restituirse, puede estar sometido a un proceso de transformación, consistente en la construcción del edificio pactado, que en el momento en que ha de producirse la devolución puede encontrarse prácticamente construido o apenas iniciadas las obras, e incluso, el suelo puede haber sufrido transformaciones urbanísticas en cuanto a su calificación como en su edificabilidad.

Esta peculiaridad va a traer, como consecuencia, la existencia de diferentes problemas, cuyas soluciones hoy todavía no son todo lo satisfactorios para las partes como podría esperarse. El fundamento de la restitución radica, en que cada parte, solamente ha de recibir aquello que entregó, por tanto la doctrina y la Jurisprudencia entienden que debe abonarse al cesionario los desembolsos efectuados en el solar.

En virtud, de lo anterior, pueden distinguirse varios supuestos de restitución.

## **2.1. Restitución del solar**

Esto sucede en aquellos supuestos en los que no se ha realizado todavía ninguna actuación u obra, de tal forma que no implican ninguna problemática en orden a la

---

*ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido; de aquí que la rescisión no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, celebrados con base en su validez. El problema consiste en determinar si la remisión que el art. 1124.4 hace al artículo 1295 lo es a los efectos propios de la retroactividad de la resolución. En principio atendiendo al tenor literal del artículo 1124.4 la remisión se limita a garantizar los derechos de los terceros adquirentes, pero si tenemos en cuenta el apuntado fundamento del efecto retroactivo obligatorio de la rescisión, es, que el negocio rescindido no pierde su primitiva condición de válido, podemos concluir que por el mismo fundamento también la retroactividad de la resolución tendrá efecto meramente obligatorio.”* ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada 1986. pgs 254 y 255. Este autor, sin embargo considera que nos encontramos ante una retroactividad real relativa porque no se puede perjudicar al tercero de buena fe a título oneroso.

<sup>584</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 26 de marzo de 2012, sentencia 193/2012, recurso 602/2009, (RJ 2012,5133), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, que en su fundamento de derecho 2º dice: “Dice la Sentencia de 17 de Junio de 1986, citada en las de 5 de Febrero de 2002, y 27 de Octubre de 27 de Octubre de 2005, que “ es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos ex nunc sino ex tunc, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o prestaciones que hubieran recibido en cuanto a la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del CC al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123 CC”

valoración del solar. En este sentido, se entiende que existe una verdadera resolución, pues el constructor no ha construido y puede devolver el solar.<sup>585</sup>

## **2. 2. Solar con obras realizadas**

Este supuesto se da cuando sobre el solar se han realizado obras de edificación pero no se ha terminado totalmente el inmueble como para ser entregado. Este supuesto ha planteado opiniones diversas tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, como vamos a analizar a continuación.

### **2.2.1 Aplicación de las normas sobre la accesión del art. 361 CC**

Así, ante la falta de regulación específica aplicable a estos casos, existe discrepancia en cuanto a la figura a aplicar, acudiéndose a veces a la accesión directa regulada en el art. 361 del CC, justificando esta aplicación en que, una vez resuelto el contrato de cesión, se entiende que el cesionario ha edificado en suelo ajeno de buena fe. Precepto que distingue entre la buena o mala fe de quien edifica, la doctrina y la Jurisprudencia consideran la existencia de buena fe en la actuación del cesionario, puesto que adquirió el solar para edificar y ha realizado una serie de gastos con ese objetivo. Por ello, la doctrina, considera que, en aplicación del art. 361 del CC, el cedente puede hacer suya la obra, indemnizando al cesionario conforme a lo establecido en los arts. 453 y 454 del CC, o bien obligar al promotor a hacer suya la obra. Así se pronuncia la SAP de Las Palmas de 18 de octubre de 2013<sup>586</sup> en un supuesto de cesión

---

<sup>585</sup> GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Art. 1538” en *Comentarios al Código Civil*. Tomo XIX. Ars. 1445 y 1541 del Código Civil. Id. vLex: VLEX 257163 <http://vlex.com/vid/articulo-1-538-257163>. pg. 16/31. (consultado el 24-04-2014).

<sup>586</sup> SAP de Las Palmas (Sección 4ª) de 18 de octubre de 2013. Sentencia 374/2013. Recurso de apelación 114/2012. (RJ 2013,349136). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Mª Elena Corral Losada, que en su fundamento de derecho quinto dice: “Dado que en el presente litigio ambas partes aceptan que concurre el supuesto del art. 361 del CC, (el recurrente lo hace en su recurso de apelación pero ya había hecho constar en la demanda que sobre el terreno correspondientes a las fincas NUM000 y NUM001 descritas en la escritura de permuta se había construido un Auditorio), el demandante deberá ejercitar la opción del art. 361 del CC en ejecución de sentencia, debiendo tramitarse la ejecución de esta sentencia con carácter previo el incidente del art. 712 y ss. LEC, a fin de fijar la valoración bien del precio del terreno, en caso de ser ésta la opción del demandante, en cuanto se trata de valorar la prestación a cuyo cumplimiento ha sido condenado el demandado, de indemnización substitutiva de dicha prestación; o el incidente previsto en el art. 717 de la LEC para la determinación del valor de los gastos realizados (o de la plusvalía producida por la edificación en su caso), en el caso de que el demandante opte por abonar dichos gastos al demandado. Incidente que, pese a pretender la determinación del valor de una prestación a la que no viene obligado el condenado por la sentencia a ejecutar, entendemos podrá ser instado por el demandante obligado al pago del valor de los gastos (en tanto en cuanto es presupuesto necesario para la efectividad del pronunciamiento judicial de condena que se efectuará en la sentencia precisamente por reconocerse al

de suelo por obra futura de un particular a un Ayuntamiento. En este caso, son las propias partes las que están de acuerdo en que la restitución de las prestaciones ha de realizarse conforme al art. 361 del CC.

Por otro lado, cuando los Tribunales estimen la existencia de mala fe por parte del cesionario, no habrá derecho a indemnización en aplicación del art. 362 del CC, por lo que el cedente recuperará el solar con la obra efectuada y el incremento de valor que ello implique. En este sentido se pronuncia la STS de 17 de septiembre de 2003<sup>587</sup>, en un supuesto en el que el Alto Tribunal aprecia la existencia de mala fe en el promotor, al entender que había acometido un proyecto de edificación sin tener la solvencia previa necesaria para llevarlo a buen fin, estableciendo, en aplicación del art. 362 del CC, la pérdida de lo construido sin derecho a indemnización.

La aplicación de los arts. 453 y 454 del CC, no está exenta de polémica, a pesar, de que algún autor<sup>588</sup> y la Jurisprudencia<sup>589</sup> consideran que han de ser aplicados supletoriamente en aquellas relaciones jurídicas que no tengan normas propias de

---

poseedor de buena fe derecho de retención hasta tanto no le sean indemnizados los gastos realizados en la finca conforme a lo dispuesto en los art. 453 y 454 del CC.”

<sup>587</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6420), que en su fundamento primero expone: *“La sentencia recurrida en este extraordinario recurso de casación declara probado que los actores y recurrentes han acometido el proyecto de edificación sin contar con la necesaria expedición de licencias para hacer frente a los primeros costes, como las tasas municipales por la expedición de licencias que aún adeudan, emprendiendo así una actuación que conocían sobradamente que excedía de sus posibilidades de producción, lo cual sobradamente sabían por su condición de profesionales de la construcción. Deficitaria situación económica y falta de liquidez que condujo a la paralización de las obras con base en una negligente gestión del riesgo empresarial. Como consecuencia de la mala fe que proclama en los constructores, declara aplicable el art. 362 del CC de pérdida de lo construido sin derecho a indemnización.”*

<sup>588</sup> DÍAZ ROMERO, Mª del Rosario. *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*. pg.254. Monografía MacGraw Hill. 1997. Dice esta autora: *“En síntesis, cuando el poseedor que realiza los gastos y mejoras actúa en concepto de dueño, serán generalmente de aplicación los artículos 453 y ss. Si la titularidad dominical no es definitiva o segura, o se posee en concepto distinto del de dueño, se aplicará la normativa específica, completada por la posesoria, de la que, por línea general, suele ser reflejo o deriva de ella adaptándola al caso concreto.*

*Cabe concluir, pues, que los artículos 453 y ss. se contienen las reglas esenciales, y actúan como derecho supletorio de aquellas situaciones que no cuentan con normas concretas al respecto, o resultan insuficientes. Los principios de las reglas posesorias suponen la base de la que parten todas las normativas específicas y especiales que regulan las situaciones de liquidación, en las que puede fácilmente observarse el reflejo de estas normas posesorias, necesariamente adaptadas, en algunas ocasiones, a las peculiaridades de cada supuesto. En definitiva, los artículos 453 y ss. del Código Civil constituyen la guía o reglas básicas y esenciales que deben seguirse o tenerse en cuenta en todos los supuestos de liquidación del estado posesorio”.*

<sup>589</sup> STS Sala 1ª de 30 de abril de 2013. Recurso 186/2011. (RJ 2013,5873). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. También en este sentido se pronuncia la STS de 12 de febrero de 2014. Sentencia 68/2012. Recurso de Casación 68/2014. (RJ 2014,1400). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

liquidación. Estos artículos distinguen entre gastos útiles y necesarios, por lo que se plantea el problema de distinguir qué gastos de los efectuados en la obra por el cesionario son útiles y cuáles necesarios. La doctrina entiende como gastos necesarios aquellos imprescindibles para la conservación del solar, y por gastos útiles aquellos que le hacen aumentar de valor.<sup>590</sup>

También en este sentido, se pronuncia la SAP de Córdoba de 11 de febrero de 2015.<sup>591</sup>

Por tanto, los gastos de edificación no son gastos necesarios sino útiles, por lo que el cedente podrá optar bien por abonar los gastos hechos en la edificación o bien por abonar el aumento del valor del solar.

Algunos autores consideran, que, en este último supuesto, se produce una situación injusta para el constructor, pues el aumento de valor experimentado por el solar, no es equiparable económicamente al importe de los gastos efectuados en la edificación, por lo que el cesionario no estaría restituido en la situación que tenía antes de la firma del contrato de cesión de solar, y no sería aplicable el régimen de la liquidación de los estados posesorios.<sup>592</sup> Otros autores recurren a la equidad, entendiendo, que, si bien estos efectos podrían paliarse evitando la aplicación estricta de los arts. 453 y 454 del CC, intentado alcanzar una valoración que no suponga un enriquecimiento injusto<sup>593</sup> o bien a través del ejercicio por el cesionario de una acción contra el cedente para recuperar el enriquecimiento que éste obtiene de modo

---

<sup>590</sup> MARTÍN PÉREZ, Antonio. Art. 453 CC. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigido por el Profesor Manuel Albaladejo. [http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo\\_453-25-334\\_ID\\_VLEX\\_253340](http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo_453-25-334_ID_VLEX_253340). pg. 14/23. (consultado el 07-10-2014). Entiende el autor partiendo de la definición de Fulcinio en Derecho Romano *“En un sentido positivo, que del resultado de la impensa surja una mejora, entendida como un incremento evaluable económicamente, por lo que la repercusión del gasto en la cosa es puramente económico, lo que va a facilitar la distinción de estas impensas de las voluptuarias; y desde el punto de vista negativo, que la no realización de la impensa no repercuta en un deterioro de la cosa poseída. Ello hace que en su vertiente negativa se distingan de las impensas necesarias. Así podemos decir que impensas útiles son aquellas que dan como resultado un incremento del valor de la cosa.”*. MARTÍN PÉREZ, Antonio. “Art. 453 CC”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. op. cit. pg. 14/23. (consultado 07-10-2014). *“Los gastos útiles deben caracterizarse por aumentar la rentabilidad o productividad de la cosa, y por ello aumentan su valor desde el punto de vista de la función económica a la que está destinada.”*

<sup>591</sup> SAP de Córdoba (Sección 1) de 11 de febrero de 2015. Sentencia 74/2015. Recurso 1229/2014. (RJ 2015,63). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Felipe Luis Moreno Gómez. Establece esta Sentencia: *“El artículo 453 del CC distingue los gastos necesarios de los útiles. Los primeros responden a devengos indispensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigibles para la conservación de la finca, de tal forma que de no haberlos hecho el bien hubiera dejado de existir o desmerecido notablemente; no sucede así respecto a los gastos útiles, respecto a los que el CC no ofrece una definición, pero respecto de los cuales sí puede afirmarse que obedecen al sustrato de incrementar el valor de la venta del bien en cuestión.”*

<sup>592</sup> ZURITA MARTIN, Isabel, op. cit. pg. 60.

<sup>593</sup> SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> Eugenia. op. cit. pg. 586

injustificado.<sup>594</sup> Pero esta posibilidad crea también ciertos problemas, porque, por un lado, el Código Civil en el art. 3.2 establece que las resoluciones judiciales sólo podrán descansar exclusivamente en la equidad cuando las leyes expresamente lo permitan, y, en todo caso, existiendo una norma objetiva concreta, no procede la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto o sus causas.

Pero quizás la crítica más radical procede de aquellos que entienden que el art. 361 no es aplicable a este tipo de contrato, porque regula la edificación de buena fe en terreno ajeno.<sup>595</sup> Otros autores mantienen la opinión de que, una vez resuelto el contrato de cesión nos encontramos ante una situación de construcción en suelo ajeno, por lo que, al menos por analogía, debe aplicarse el art. 361 del CC<sup>596</sup>, dando oportunidad de esta forma a que el constructor pueda comprar el solar. Consideran que es la solución más razonable, pues el cedente carecerá habitualmente de la solvencia necesaria para comprar la edificación. La doctrina, ha fundamentado estos supuestos en la figura de la *accesión invertida*.<sup>597</sup> En estos casos, debe valorarse previamente el terreno atendiendo al valor que tiene en el momento de la resolución. Tampoco la aplicación de esta figura al contrato de cesión es uniforme, pues hay doctrina que entiende que sólo es aplicable cuando el propietario cede parte del solar, pues en este supuesto tiene lugar cuando existe una extralimitación de la construcción sobre suelo ajeno.<sup>598</sup>

Nosotros opinamos, que en la mayoría de los casos concretos, no da una satisfacción justa al cedente, puesto que la posibilidad de opción no suele ser cierta, es decir puede optar porque el art. 361 del CC lo establece, pero su decisión en ocasiones se encontrará determinada y condicionada por su capacidad económica para indemnizar a la parte cesionaria, por lo que la mayoría de las ocasiones necesariamente tendrá que aceptar la indemnización económica. Al cedente le falta la capacidad económica necesaria para optar en libertad.

---

<sup>594</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, *op. cit.* pg. 303. También MARTÍN PÉREZ, Antonio. *Art. 453 CC. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigido por el Profesor Manuel Albaladejo. *op. cit.* pg. 15/23. Entiende también este autor, que los gastos útiles se abonan en cuanto producen un enriquecimiento sin causa a quién se beneficia de las mismas.

<sup>595</sup> SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> Eugenia, *op. cit.* pg. 586

<sup>596</sup> SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.* pg. 105 y PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> Carmen, *op. cit.* pg. 317.

<sup>597</sup> La accesión invertida es una figura de construcción doctrinal y jurisprudencial, que consiste en la idea de que la construcción extralimitada puede tener más valor que el terreno invadido, sustituyendo la máxima *superficie solo cedit por accesorium sequitur principale*

<sup>598</sup> ZURITA MARTÍN, M<sup>a</sup> Isabel, *op. cit.* pg. 62. También RUDA GONZÁLEZ, Albert. *op. cit.* pg. 306, considera que en los supuestos de cesión de solar no se cumple el supuesto de hecho de la accesión invertida porque no nos encontramos ante un supuesto de extralimitación de la construcción.

### 2.2.2 Aplicación del régimen establecido en el art. 1123 CC para la condición resolutoria.

Otra alternativa para la valoración de las obras realizadas por el cesionario para proceder a su indemnización por el cedente, es la aplicación por analogía a los efectos de la resolución del art. 1124, el régimen previsto en el art. 1123 del CC para las condiciones resolutorias expresas. Recordemos que el art. 1122 del CC remite en cuanto a las mejoras del deudor al derecho concedido al usufructuario, regulado en el art. 487 del CC, que otorga al usufructuario la posibilidad de realizar mejoras que no alteren la forma o sustancia de los bienes, pero no tendrá derecho a indemnización por ellas. Sin embargo, podrá retirar las mejoras, si fuera posible hacerlo sin detrimento de los bienes, permitiendo el art. 488 del CC compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que ellos hubiesen hecho. Esta regulación es muy restrictiva para el cesionario, pues solamente le permite retirar las mejoras realizadas que no perjudiquen a los bienes, y no le da derecho a indemnización alguna por las obras, aunque la Jurisprudencia del TS ha suavizado estos efectos en supuestos de existencia de condición resolutoria, obligando a la indemnización al cesionario en aplicación del principio de enriquecimiento injusto por el coste o incremento del valor de la obra,<sup>599</sup> salvo que ambas partes hubieran pactado una cláusula penal por la que el cedente adquirirá las obras realizadas hasta el momento de la resolución.<sup>600</sup>

Esta solución tampoco está exenta de críticas, así una parte de la doctrina considera que el régimen establecido en el art. 487 del CC es aplicable a la condición resolutoria del art. 1122 del CC, en la similitud que existe entre la situación del que está sometido a una condición resolutoria y el usufructuario, pues ambos, de una manera u otra, prevén la existencia de un tiempo determinado en la posesión de la cosa. Sin embargo, en la resolución contractual implícita del art. 1124 el deudor no puede saber, al inicio de la posesión, que ésta no va ser definitiva, pues desconoce que pueda perder el solar en un futuro.<sup>601</sup>

---

<sup>599</sup> STS de 19 de julio de 1996 (RJ 1996, 5102) RDGRN 23 de Julio de 1996 (RJ 1996,5567),

<sup>600</sup> STS de 23 de julio de 1996 (RJ 1996, 5118)

<sup>601</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, *Ius aedificandi y accesión (la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)* Madrid 1986, pgs. 296 y 297 expresa “El que realiza mejoras en la cosa entregada bajo condición resolutoria, como el usufructuario, conoce la provisionalidad de la situación, a al menos su interinidad. Pero en el art. 1124 el deudor no puede saber, al inicio de la posesión, que ésta es claudicante, no puede calcular el tiempo de amortización de la mejora, pues desconoce la eventualidad de un fin en su posesión, ya que como tantas veces ocurre, la resolución no es más que la resultante de una falta de liquidez sobrevenida.”

Por nuestra parte, consideramos, que este artículo es de difícil acoplamiento al contrato de cesión por obra futura, dado que regula aquellas mejoras que no afectan a la sustancia y forma de los bienes, y en el caso objeto de estudio, las obras de edificación a nuestro juicio afectan a la forma y sustancia de los bienes. La Jurisprudencia, ha considerado aplicado el régimen del usufructo en muy pocas ocasiones, reconociendo únicamente a la parte incumplidora la posibilidad de retirar las mejoras pero no la de proceder a la indemnización.

### 2.2.3 Aplicación analógica del art. 1652 CC relativo al contrato de enfiteusis

Además de la aplicación de las normas del usufructo, hay autores que consideran más acertada la aplicación analógica del art. 1652 del CC, relativo al contrato de enfiteusis,<sup>602</sup> porque permite rembolsar al cesionario las mejoras realizadas sobre el solar. Y aunque consideran que existen razones de orden sistemático y conceptual que inclinan a aplicar a la resolución por incumplimiento los preceptos previstos para las obligaciones con condición resolutoria, ha de tenerse en cuenta que el art. 1652.1 del CC, regula exactamente los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento del dueño útil,<sup>603</sup> por lo que entienden que no hay en el CC un supuesto más análogo al de la resolución por incumplimiento que este del art. 1652.1 CC.<sup>604</sup> Sin embargo, precisan que el abono de las mejoras pueden suponer una limitación a la facultad resolutoria del cedente, por ejemplo por carecer de la liquidez para abonarlas, por lo que hay que reconocerle el derecho a rechazar la restitución *in natura* y la facultad de optar por la restitución por equivalente, mediante la indemnización del valor de mercado del solar.<sup>605</sup>

---

<sup>602</sup> El art. 1605 del CC define la enfiteusis como: “*Es enfiteútico el ceso cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio.*”

<sup>603</sup> El art. 1652.1 del CC, regula los efectos de la rescisión por cualquier causa de la enfiteusis y dispone que “*el dueño directo, deberá abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca siempre que ese aumento subsista al tiempo de devolverlas.*”

<sup>604</sup> Se muestran a favor, MARSAL GUILLAMET, Joan. “Comentario a la Sentencia de 13 de Octubre de 1995. Resolución de compraventa. Mejoras efectuadas en la cosa vendida por el comprador antes de la resolución del contrato. Enriquecimiento Injusto.” *CCJC* número 40. enero-marzo 1996. pgs 261-262. CARRASCO PEREDA, Ángel. *Ius aedificandi y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*. Madrid 1986. pgs. 296-297. CLEMENTE MEORO, Mario E. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. op. cit.* Valencia 1998. pgs. 533 y 534.

<sup>605</sup> CLEMENTE MEORO, Mario E, *op. cit.* pg. 533. En este mismo sentido se pronuncia RUDA GONZÁLEZ, Albert. *op. cit.* pg. 311. Entiende el autor que “*de lege ferenda la solución más razonable es la aplicación del art. 1652.1 CC en tanto en cuanto se procede a la regulación específica de los efectos*

Sin embargo, las consecuencias de aplicar el art. 1652.1 del CC, son las mismas que las que produce la accesión del art. 361 de ese mismo cuerpo legal, pues ambas figuras permiten optar al actual dueño del solar (cedente), por el abono de los gastos o bien obligar al cesionario a la compra del solar. Sin embargo, algún autor entiende que si el abono de las mejoras supone al contratante cumplidor una limitación de su facultad de resolución, podrá rechazarse la restitución *in natura* y optar por la restitución por equivalente.<sup>606</sup> Lo mismo sucede, cuando más que mejoras, puede considerarse un bien distinto, como sucede cuando el terreno que se entregó ya ha sido construido, en cuyo caso, es más conveniente considerarlo pérdida, es decir no existiría restitución *in natura* sino el valor que tenía el solar.<sup>607</sup>

Compartimos la opinión de quienes mantienen la aplicación del art. 1652.1 del CC, toda vez que es un precepto que expresamente regula los efectos de la resolución por incumplimiento de un contrato, mientras que el art. 361 CC, regula la adquisición de la propiedad cuando no media contrato alguno.<sup>608</sup>

En los supuestos en que los gastos útiles o mejoras se han producido después de la resolución, la doctrina mayoritaria, considera que el cesionario ha actuado de mala fe, de tal forma que no tendría derecho a recuperar el importe de los mismos, en aplicación del art. 455 del CC, relativo a la posesión de mala fe, pues, una vez resuelto el contrato, el cesionario ostenta la finca como nuevo poseedor.<sup>609</sup> En este mismo sentido, la STS de 30 de enero de 2007,<sup>610</sup> entendió que el requisito de buena fe a que se refiere el art. 361

---

*de la resolución*". En contra se pronuncia O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *De los Censos en Comentarios del Código Civil*, Tomo II, 2ª edición Madrid. 1993, pg. 1283, cuando indica que el supuesto de rescisión del contrato de enfiteusis, hay que entenderlo solamente referido a la resolución del mismo. Dice el autor: "El presente art. 1652 trata de los efectos en el caso de comiso, o en el de rescisión por cualquier causa del contrato de enfiteusis, completando la regulación que al comiso dedican los artículos 1648 y 1650. Debidamente interpretada la disyuntiva que plantea dicho artículo 1652 significa que enumera, igualándolos, lo que es lógico, los efectos del comiso y de cualquier otra causa, no de rescisión (que seguirá sus normas propias), sino de resolución de la enfiteusis, o por mejor decir, del dominio útil del enfiteuta que adquiere el censalista consolidando así su dominio directo con el útil, que deviene pleno. Así pues, el artículo 1652 regula los efectos de la resolución de la enfiteusis, sea por razón de comiso o por cualquier otra causa."

<sup>606</sup> MONTFORT FERRERO, Mª Jesús. *op. cit.* pg. 225.

<sup>607</sup> MONTFORT FERRERO, Mª Jesús. *op. cit.* pg. 213.

<sup>608</sup> MONTFORT FERRERO, Mª Jesús. "La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio". *op. cit.* pg. 224. Entiende "La razón principal de la aplicación de este régimen es análogo al de la resolución por incumplimiento que se puede encontrar en el CC".

<sup>609</sup> CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *op.cit.* pg. 535.

<sup>610</sup> STS Sala 1ª (Sección 1ª) de 30 de enero de 2007. Sentencia 46/2007. Recurso de Casación 1147/2000. (R/J 2007,1708). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que en su fundamento de derecho quinto dice: "Afirma la parte recurrente que el demandante tenía conocimiento desde hace más



CC, ha de apreciarse en relación con el momento en que se construye sobre terreno ajeno.

Una vez expuesta la posición de la doctrina, hay que plantearse si el cedente podría pedir en la acción de resolución, la devolución del solar y la demolición de las obras ejecutadas hasta ese momento, como veremos que admite la Llei 23/2001 de Cataluña.<sup>611</sup> Esta posibilidad es discutida, pues, en principio, no existe nada que impida la restitución del solar a su estado original, pero tanto la Jurisprudencia como la doctrina, coinciden en que, aunque no exista norma que lo prohíba, lo rechazan por antieconómico.

Quizás la solución más ecuánime será admitirlo, siempre que las obras no hayan dado lugar a una cosa distinta del solar.<sup>612</sup> En contra se manifiestan aquéllos que rechazan la posibilidad de demolición en virtud del principio de buena fe que se presupone al cesionario, que cuando construye lo hace en terrenos de su propiedad, pensando que va a seguir siéndolo. Así, se excluye la aplicación del art. 363 CC y con ello, la posibilidad de que el cedente del solar exija al constructor la demolición de lo construido.<sup>613</sup>

En nuestra opinión, hay que distinguir en qué fase se encuentra la obra, pues, si apenas está iniciada, quizás sea posible la demolición de lo construido; en otro caso si la obra está en curso y sobre todo, si está finalizado o a punto de finalizarse el edificio, no es posible la demolición pues existiría un abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo, conforme al art. 7 del CC.

Por su parte, la Jurisprudencia tampoco ha sentado un criterio unánime en estos casos, habiendo acogido las diversas opciones anteriores, siendo quizás la de la accesión del art. 361 CC, la más aplicada. Así en la SAP de Las Palmas de 18 de octubre de 2013,<sup>614</sup> en un supuesto de resolución de contrato de cesión de solar por obra futura, se

---

*de quince años de que los terrenos sobre los que construyó no eran de su propiedad, pues así lo ha reconocido en los pleitos anteriores y en el presente. En primer lugar, el requisito de la buena fe a que se refiere el art. 361 del CC ha de apreciarse lógicamente en relación con el momento en que se construye sobre terreno ajeno, siendo el conocimiento posterior de tal circunstancia el que precisamente determina la aplicación de la norma.”*

<sup>611</sup> Capítulo VI de esta tesis dedicado a su estudio.

<sup>612</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, *op. cit.* pg.298

<sup>613</sup> PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> Carmen, *op. cit.* pgs. 313 y 314.

<sup>614</sup> SAP de las Palmas de 18 de octubre de 2013. Sentencia 374/2013. Recurso de Apelación 114/2012. (RJ 2013, 349136). Magistrado Ponente Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Elena Corral Losada, que en su Fundamento de

refiere a la accesión para fundamentar la restitución del solar con la obra edificada por haberlo así pactado las partes. Aunque es cierto que la figura de la accesión regulada en el art. 361 CC, así como en los arts. 453 y 454 CC, relativos a la liquidación de los estados posesorios han sido utilizados de forma más frecuente por la Jurisprudencia. Así sucede en la SAP de Madrid de 3 de febrero de 2015,<sup>615</sup> en un supuesto de cesión de solar por obra futura.

En cuanto a la calificación de lo edificado, a diferencia de la doctrina que lo califica como gasto útil, la Jurisprudencia ha entendido, por el contrario, que los gastos de edificación, es decir, el valor intrínseco de la obra, son gastos necesarios, de tal forma, que no existe la facultad de opción del dueño del terreno que se le atribuye por el párrafo 2º del art. 453 del CC, en orden a satisfacer el importe de los gastos o abonar el

---

Derecho Cuarto dice: *“La Jurisprudencia al aplicar el art. 1124 del CC (sobre el supuesto del art. 1123 del CC que establece la resitutio in integrum de prestaciones como consecuencia de la resolución contractual, y de los arts. 1295 y 1303 del CC) ha tenido en consideración que la posesión de los bienes que han de restituirse ha de presumirse la buena fe y que ello puede exigir la liquidación de dicho estado posesorio evitando el enriquecimiento injusto de las partes en el contrato, y lo ha hecho especialmente en los supuestos de resolución por incumplimiento de contratos de permuta (con mayor frecuencia, de contrato de permuta de solares a cambio de parte de la edificación a construir sobre ellos), señalando, como lo hace la STS de 5 de Julio de 1989, que: se contemplan los problemas de cumplimiento defectuoso de la prestación en cuyo caso, es posible la resolución vía art. 1504 y el general 1124 CC, siempre que el constructor no haya construido, planteándose la cuestión de si ha construido pero lo ha hecho mal, pues la restauración al origen de la situación será ya difícil, por lo que ha de recurrir a las normas sobre la accesión industrial, o el juego específico de la accesión invertida de nuestro art. 361 CC, y claro es, al margen de las particulares garantías para ese evento que se hayan convenido, como abono de indemnización debe reparar lo mal hecho, pena secundaria por retraso en la entrega etc.·* Por su parte la STS de 26 de julio de 2000. Recurso de Casación 2925/1995, (RJ 2009,9177). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández *“en relación a la aplicación que declarada la nulidad de la obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. Y la Jurisprudencia vienen declarando que el precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, de tal modo que cuando el contrato hubiere sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración. Por tanto, debe darse lugar a la reposición de las cosas y el reintegro del precio, devolver el dinero percibido con los intereses. El precepto anterior, puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tal como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y ss) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y ss), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto.”* La STS de 30 de enero de 2007. Sentencia 46/2007. Recurso de Casación 1147/2000. (RJ 2007,1708). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que en su fundamento de derecho octavo dice: *“El dueño del terreno hace suya la obra previa la indemnización establecida en los arts. 453 y 454 y en forma alguna puede considerarse que el valor intrínseco de la obra, que la sentencia ha tenido en cuenta para fijar la indemnización, es un gasto necesario pues sin él la propia obra no existiría, por lo que en cuanto a tal gasto no existe la facultad de opción del dueño del terreno que le atribuye el párrafo segundo del art. 453 en orden a satisfacer el importe de los gastos o abonar el mayor valor que por ellos haya adquirido la cosa”*.

<sup>615</sup> SAP de Madrid (Sección 10) de 3 de febrero de 2015. Sentencia 43/2015. Recurso 614/2014. (RJ 2015,1292).

mayor valor que por ellos ha adquirido la cosa. En este sentido, se pronuncia la STS de 30 de enero de 2008.<sup>616</sup>

En nuestra opinión, la falta de claridad y las discrepancias existentes en la doctrina y Jurisprudencia aconsejan la regulación específica de esta materia en el contrato de cesión de solar por obra, con ello existirá seguridad jurídica entre las partes que conocerán previamente como se resolverán estas cuestiones en caso de restitución por resolución.

### **3. EL VALOR DE LA FINCA A EFECTOS DE RESTITUCIÓN AL CEDENTE.**

La resolución del contrato de cesión de solar obliga a la restitución de las recíprocas prestaciones entre las partes con objeto de que recuperen la situación que existía con anterioridad a la firma del contrato.

El problema práctico surge en torno al momento de valoración de la finca a restituir, la Jurisprudencia entiende que ha de estarse al valor que tiene en el momento de la resolución, es decir por su valor actual y no por el coste en el contrato de permuta, ni tampoco el valor de mercado que tuviera en esa fecha. Así se recoge en la SAP de Las Palmas de 18 de octubre de 2013.<sup>617</sup>

El problema se plantea cuando el cedente entregó en su momento una finca determinada, con un determinado valor económico, ¿queda realmente restituido el cedente en la misma posición que tenía con anterioridad a la cesión de solar mediante la devolución de la finca, o bien cuando, como en el momento actual de grave crisis económica, donde ha disminuido el valor de los inmuebles, sobre todo de los considerados como suelo? ¿puede considerarse que existe una disminución patrimonial del cedente y por tanto un perjuicio económico? Y además si esto es así ¿es justo y equitativo, que, mientras el cedente deba indemnizar al cesionario por el aumento del valor del solar por las obras efectuadas, no deba ser también indemnizado el cedente

---

<sup>616</sup> STS de 20 de enero de 2007. Sentencia 47/2007. Recurso 1147/2000. (RJ 2007,1708). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. En este mismo sentido se pronuncia más recientemente la SAP de Alicante (Sección 6ª) de 25 de octubre de 2010. Sentencia 429/2010. Recurso de Apelación 260/2010. (RJ 2011,22710). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Encarnación Caturla Juan.

<sup>617</sup> SAP de Las Palmas (Sección 4ª) de 18 de octubre de 2013. Sentencia 374/2013. Recurso de Apelación 114/2012. (RJ 2013,349136). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Elena Corral Losada.

por la disminución patrimonial que conlleva la restitución de un solar disminuido en su valor? A fin de contestar estas cuestiones vamos a distinguir dos supuestos: la disminución del valor de la finca en el momento de la restitución y el aumento de valor de la finca en el momento de la restitución.

### **3.1 Disminución de valor de la finca en el momento de la restitución.**

#### **3.1.1 El valor cuando la finca se ha devaluado por fluctuaciones económicas.**

En nuestra opinión esta situación planteada, es absolutamente novedosa, pues no ha sido habitual, que el precio del suelo edificable, experimentara un descenso de precio, y, por tanto, de su valor de mercado, tan espectacular como el que se está produciendo en estos momentos como consecuencia de la crisis económica padecida, y en la que la actividad inmobiliaria ha sido prácticamente inexistente, aunque actualmente parece que se recupera.

La duda respecto a esta cuestión existe desde el momento en que el cedente con la restitución, recupera físicamente el solar que era de su propiedad, pero el inmueble como activo patrimonial, no tiene el mismo valor que tenía cuando se entregó. Es decir, se está devolviendo una finca, pero no se reintegra al patrimonio del cedente el valor económico del que se desprendió en su día.

En nuestra opinión, podemos encontrarnos ante un supuesto análogo de deterioro<sup>618</sup> de la cosa entregada, por lo que hay que distinguir dos supuestos, por un lado, cuando la resolución procede de un incumplimiento contractual imputable al cesionario, y por otro, cuando la resolución procede de una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación por causa no imputable al cesionario.

---

<sup>618</sup> En contra MONTFORT FERRERO, M<sup>a</sup> Jesús. *op. cit.* pg. 232. “La pérdida por caso fortuito, puede ser entendida en un sentido amplio. Puede entenderse como una desaparición material que reviste los caracteres de irresistibilidad, exterioridad e imprevisibilidad. Pero también se puede decir que hay pérdida fortuita de una cosa cada vez que por razones económicas, jurídicas o físicas del bien ha perdido su valor. Ahora bien los perjuicios económicos no presentan siempre los caracteres anteriores, por lo que suele excluirse de la pérdida la que se produce por motivos económicos.”

En el primer caso, entendemos que el cedente podría solicitar la indemnización por daños y perjuicios. Así sucede en la SAP de Vigo de 18 de febrero de 2014,<sup>619</sup> en un supuesto de cesión de solar por obra futura, en el que la parte cedente solicita la resolución del contrato de cesión y, como consecuencia de ello, además de la restitución de la finca cedida, reclama la diferencia entre el abono del valor que tenía la finca cuando se cedió y la que tiene en el momento de la restitución<sup>620</sup>

A nuestro juicio esta solución nos parece ajustada a Derecho, porque la restitución no consiste sólo en devolver la finca entregada, sino el valor que ésta tenía ya que los efectos son *ex nunc*, y la posición del cedente cuando recupere su inmueble tiene que ser la misma que tenía antes de celebrarse el contrato.

Y, en el segundo de los casos, cuando se produce la imposibilidad sobrevenida y el deudor o cesionario no ha tenido culpa, no procede la indemnización de daños y perjuicios, por lo que la solución es más complicada. No obstante, entendemos que

---

<sup>619</sup> SAP de Vigo (Sección 6ª) de 18 de febrero de 2014. Sentencia 194/2014. Recurso de apelación 794/2012. (RJ 2014,328). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzabal.

<sup>620</sup> SAP de Vigo (Sección 6ª) de 18 de febrero de 2014. Sentencia 194/2014. Recurso de Apelación 794/2012. (RJ 2014, 328). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzabal que en su Fundamento de Derecho 2º apartado b) dice: *“Desde el punto de vista puramente patrimonial, la actora viene a significar que aunque ahora, tras la resolución del contrato, recupere la propiedad de su parcela, ya no tendrá las posibilidades que antes habría tenido de poder permutar por obra nueva construida. Ciertamente y por regla general, es imprescindible probar la existencia de daños y perjuicios cuya indemnización se reclama (sentencias 29 de marzo de 2001, 30 de abril de 2002 y 10 de junio de 2003). Pero tal postulado cede en aquellos casos, evidentemente excepcionales, en que el incumplimiento lleva a considerar la existencia de daños producidos in re ipsa (sentencias de 23 de julio de 1997, 10 de octubre de 2001, 5 de marzo de 2002, 17 de marzo de 2003, 10 de junio de 2004, 12 de mayo de 2005 entre otras). Y es que la doctrina jurisprudencial mantiene el criterio de apreciar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento, eso sí, cuando se refiere a supuestos en que el incumplimiento determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando se deduce necesaria y fatalmente su existencia, o es una consecuencia forzosa o natural e inevitable o se trate de daños incontrovertibles, evidentes o patentes. Y ello es lo que ocurre en el caso presente. La resolución del contrato y por consiguiente, la frustración de la operación, con recuperación años después de la propiedad y posesión de la parcela, produce evidentemente un perjuicio: es hecho notorio que la realidad de la actual crisis económica, en general y de signo inmobiliario en particular, viene a determinar que la posibilidad de suscribir un nuevo contrato de idéntica naturaleza (permuta de solar por finca en nueva edificación) y en parecidas condiciones que el concertado en el año 2003, resulte en este momento mucho más complicada y dificultosa. Aspecto que evidentemente, debe ser objeto del oportuno resarcimiento y que dado el problema de su concreción, viene a fijarse en la suma de 20000 euros que se entiende a modo de compensación fundada en razones de equidad. Por su parte STS Sala 1ª (Sección 1ª) 14 de mayo de 2003. Sentencia 47 /2003 Recurso de Casación 2717/1997. (RJ 2003,3260). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, que en su Fundamento de Derecho 4º dice: “La Jurisprudencia de esta Sala, ante casos en los que el vendedor incumple su obligación de entrega y el precio ha subido en relación con el pactado en el contrato incumplido, ha mantenido el criterio de que los daños y perjuicios se cifran en la diferencia de precios entre dos momentos (sentencias 14 de febrero de 1994, 27 de marzo de 1974 y 30 de enero de 1976 entre otras.”*

podría ser aplicable el régimen del art. 1123.2 del CC, cuando establece que en el caso de pérdida o deterioro o mejora de la cosa, se impondrán al que deba hacer la restitución las disposiciones que, respecto al acreedor, establece el art. 1122.3 del CC, en el sentido de que cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor, identificando menoscabo a pérdida de valor económico.<sup>621</sup>

En nuestra opinión en este supuesto de imposibilidad sobrevenida, no existe culpa del acreedor, de tal forma que se ha de aplicar el art. 1103 y 1107 del CC, en el sentido de que los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia de su falta de cumplimiento, mientras que en el caso de dolo responderá de todos lo que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Dicho artículo, distingue, pues, entre deudor de buena fe y deudor doloso.

También puede contemplarse, dentro de este supuesto, la disminución del valor del inmueble, por pérdida parcial de las edificaciones que se encuentran en el mismo. Así sucede en los casos de incendio del inmueble construido sobre el solar, pues en este caso la restitución no puede realizarse en el estado en que se encontraba en la fecha del contrato. En este supuesto, el cesionario estará obligado a restituir el inmueble en el estado en que se encuentra en ese momento con el valor que la construcción tenía en el momento de la firma del contrato. Este es el caso que contempla la STS de 4 de diciembre de 2008,<sup>622</sup> donde el Alto Tribunal, entiende aplicable el art. 1307 del CC,

---

<sup>621</sup> CLEMENTE MEORO, Mario Emilio. *op. cit.* pg. 546 entiende que “*el riesgo lo sufren recíprocamente ambos contratantes (propietarios del bien), viniendo obligados a restituir por equivalente la diferencia entre el valor del bien antes y después del deterioro*” Añade en nota que “*No cabe entender que por aplicación que por aplicación del art. 1122.3º CC el riesgo es del acreedor de la prestación, pues tal regla resulta aplicable cuando se trata de obligaciones unilaterales. Cuando se trata de obligaciones sinalagmáticas el criterio de reciprocidad parece que debe permitir al acreedor la opción entre demandar la resolución del contrato o exigir la reducción proporcional de la contraprestación a su cargo*”.

<sup>622</sup> STS (Sala 1ª, Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2008. Sentencia 1189/2008. Recurso de Casación 264/2004. (RJ 2008,6951). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, que en su Fundamento de Derecho segundo dice: “*Declara la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2884) con cita de la de 17 de junio de 1986 (RJ 1986,3554) que es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos “ex nunc” sino “ex tunc” lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos. Razona la STS de 11 de febrero de 2003 (R/J 2003, 1004), la aplicación de los efectos de los artículos 1303 y 1307 del CC tienen naturaleza ex lege, y constituyen una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual que opera incluso con*

sobre la nulidad de los contratos, rechazando expresamente la aplicación de los artículos relativos a la liquidación de los estados posesorios, y concretamente el art. 457 del CC, por ser más acorde con la resolución contractual, las normas sobre la nulidad de los contratos. Como el citado artículo no se refiere a la culpa expresamente, la Sentencia considera aplicable el art. 1183 del CC, que establece que el deudor que tiene en su poder la cosa, debe acreditar que la pérdida no se produjo por su culpa. El art. 457 del CC se refiere a la falta de responsabilidad por pérdida de la cosa por el poseedor de buena fe, salvo cuando exista dolo o morosidad por su parte.

Consideramos que, si en esta Sentencia se hubiera aplicado este artículo relativo a la liquidación de los estados posesorios, el deudor no sería responsable de la pérdida del solar, por lo cual el cedente debería asumir la disminución patrimonial. Además al cedente no se le repone en la misma situación tenía en relación con el inmueble cuando se formalizó el contrato.

### **3.1.2 Disminución de valor por el deterioro o menoscabo del inmueble entregado por falta de mantenimiento.**

En este supuesto, en nuestra opinión, también nos encontraríamos en que el cesionario debería restituir el inmueble más la indemnización por el valor de los gastos de reparación del inmueble para dejarlo en el estado en que se encontraba cuando fue entregado, en aplicación del art. 1307 del CC.

---

*independencia de si se recoge o no en la parte dispositiva de la sentencia (S. 8 de noviembre de 1999 (R/J 1999,8009). Así pues son los artículos 1303 y 1307 del CC los que han de ser aplicados al caso.*

*Es por ello por lo que, invalidado un contrato de compraventa que se ha comenzado a ejecutar, como es el caso, aunque no llegara a consumarse por la entrega instrumental dada la imposibilidad de cumplimiento de la condición, procede, en su caso la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1307 del CC, pues su aplicación constituye una consecuencia ineludible de la invalidez contractual declarada. Respecto de la cuestión de la existencia de culpa en el obligado a restituir si la pérdida de la cosa se produce estando en su poder, nada prevé el art. 1307 del CC. Lo cierto es que cuando se produjo el incendio la entidad compradora la tenía en su poder, siendo evidente que estaba obligada a la devolución de la misma si no se cumplía la condición del otorgamiento de la licencia, y en tal medida, siendo deudora de la parte vendedora en virtud de las obligaciones asumidas por ésta debe aplicarse el art. 1183 del CC, en el que se prevé que la cosa que se haya perdido en poder del deudor se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, de modo que le correspondía al comprador la prueba de que el incendio se debió a un caso fortuito, lo que en modo alguno queda acreditado.”*

No obstante, este supuesto de hecho es analizado por la SAP de Vigo de 18 de febrero de 2014,<sup>623</sup> en relación con la restitución del inmueble por incumplimiento del cesionario, entendiendo que no procede la indemnización por el menor valor de la finca aportada, por falta de labores de conservación o mantenimiento por parte del cesionario. La Sentencia considera que no puede entenderse la existencia de una disminución del valor de la finca, dado que su destino era la venta para futura edificación, pues lo económicamente determinante es el valor del solar o parcela, por lo que no sufre disminución en su valor en virtud del estado en que se encuentre una edificación antigua. Sin embargo, esta Sentencia sí reconoce que, en caso de que se hubiera acreditado que la finca estaba destinada a la ocupación por la propiedad, (o incluso, en nuestra opinión que se encontraba en uso cuando se formalizó el contrato), la indemnización por este motivo hubiera sido procedente.

### **3.2 Aumento de valor de la finca en el momento de la restitución.**

Por el contrario, si el terreno experimenta un aumento de valor debido a las fluctuaciones al alza del mercado inmobiliario, esa plusvalía, siempre y cuando el cesionario no haya realizado ningún gasto para obtenerla como es el caso de variación de precios, no se considera enriquecimiento injusto, y por tanto no son resarcibles al cesionario.<sup>624</sup> La doctrina no es unánime con respecto a lo que debe entenderse por mejora, algún autor lo fundamenta en el hecho de que el aumento de valor no depende de la voluntad, otros establecen el criterio en la calificación de las mejoras en que sean producto o no de la actividad del poseedor e incluso de que no ha producido ningún gasto para el cesionario en este caso su consecución.<sup>625</sup> La Jurisprudencia como ocurre

---

<sup>623</sup> SAP de Vigo Sección 6ª) de 18 de febrero de 2014. Sentencia 194/2014. Recurso 794/2012 (RJ 2014,328). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzabal.

<sup>624</sup> El art. 456 del CC, se refiere a las mejoras provenientes de la naturaleza o el tiempo. Y en este sentido dice: “*Las mejoras provenientes de la naturaleza o el tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión*”. La doctrina, en relación a este artículo, ha discutido que debe entenderse por mejoras, hay autores que entienden aquellas que no se han producido por la voluntad del hombre, sin embargo otra parte de la doctrina, entienden que no deben ser producto de la actividad del hombre. Además entienden que no deben resarcirse, aquellas que no suponen una disminución patrimonial a cargo de nadie, es decir, que no han supuesto ningún gasto para su obtención.

<sup>625</sup> MARTÍN PÉREZ, Antonio. “Art. 456 CC”. *Comentarios al CC y Compilaciones Forales. op. cit.* ID vLex: 253343 <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-456-253343> pg. 2/3 (consultado 07-10-2014). Este autor sostiene: “*Que no es esta estricta perspectiva del gasto la que debe adaptarse en la ponderación de las mejoras y su resultado. No cabe duda de que se trata para el poseedor en aquellas en que puede reconocerse su actividad, de una inversión patrimonial, y ello es lo que fundamenta una compensación del mismo orden. Pero, supuesto se compruebe otro de los elementos que juegan en el*



por ejemplo en la SAP de Las Palmas de 18 de octubre de 2013,<sup>626</sup> aplica analógicamente el art. 361 del CC, es decir, se adquieren por accesión y entiende que las plusvalías del terreno habrán de aprovechar al dueño del mismo, aún cuando no exista restitución *in natura*. A su vez, el aumento de valor de la finca puede venir producido por diversas situaciones entre las que se encuentra la que se analiza a continuación.

### **3.2.1 Restitución de la finca con cambios de planeamiento.**

Este supuesto se produce cuando, durante la vigencia del contrato de cesión por obra futura, se producen cambios en la calificación urbanística o en el planeamiento, como consecuencia de los cuales, el inmueble cedido obtiene, un valor superior o inferior al que tenía en la fecha de la cesión. En estos casos, cuando se restituye la finca, se hace con un aprovechamiento urbanístico distinto, que implica la devolución de un inmueble con un valor superior o inferior.

---

*tema y es el enriquecimiento del propietario por la mejora, la estimación de ésta debe comprender, ampliamente, todo lo que pueda conexas con la actividad de gestión de la cosa, aunque no se traduzca en un gasto directo. Quiere decirse que la sensibilidad actual del valor de las cosas por el influjo de factores complejos y sin directa relación con su explotación, no debe conducir a un desconocimiento de la actividad del poseedor que haga jugar en su favor (y del rendimiento de la cosa) tales factores. Así, en el ejemplo de Montel, no me parece bastante constatar que un aumento del tráfico puede ser causa última del incremento de valor y rendimiento de un establecimiento mercantil. Y excluir con ello que aquél suponga una mejora resarcible. Porque la actividad del poseedor en el aprovechamiento de las condiciones objetivas favorables puede ser la que haya determinado en concreto, el aumento de valor, que sería menor, o no se hubiera producido con un comportamiento simplemente pasivo”.*

<sup>626</sup> SAP de las Palmas (Sección 4ª) de 18 de octubre de 2013. Sentencia 374/2013. Re curso de Apelación 114/2012. (RJ 2013,349136). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Elena Corral Losada. En este mismo sentido que en su fundamento de derecho quinto dice: “Por otra parte discuten los litigantes si la valoración del terreno, en caso de ser la opción elegida por el demandante, habrá de hacerse conforme al valor fijado para las fincas en la escritura de permuta o por el valor actual como urbano que es en la actualidad. Al fin de sentar las bases de la eventual liquidación del estado posesorio, y dado que la cuestión si ha sido objeto de litigio (y se reproduce en el recurso de apelación) esta Sala entiende que hasta que no se efectúe la elección por el demandante no existe obligación del demandado de reintegrarle la finca, que la valoración hecha a la fecha de la permuta correspondía al valor de la prestación (obligación de dar el terreno, no su equivalente económico) a la fecha de otorgamiento de la permuta y que indudablemente ese valor (el del terreno, no el que comporte la edificación realizada sobre él), ha variado a lo largo del tiempo (más aún cuando como parece su calificación urbanística ha mejorado, al ser indudable la del suelo urbano correspondiente a sistemas generales del planeamiento ya ejecutados). La obligación del permutante incumplidor, que no se olvide ha sido el Ayuntamiento de Agüimes, es la de reintegrar al demandante en la propiedad del terreno en el estado en que se encontraba a la fecha en que lo entregó, prestación no cumplida y que ha de valorarse por su valor actual, el que tiene el terreno en el presente momento. El supuesto enriquecimiento injusto se predicaría de que el propietario de las fincas hiciera suya la edificación construida cuya ejecución ha supuesto gastos para el Ayuntamiento, sin abonar esos gastos, pero no cuando el propietario lo que va a recibir es estrictamente el valor actual del terreno (cuyas plusvalías se generan por la variación del precio de mercado en la que influyen tanto el IPC a lo largo de los años como las del planeamiento urbanístico – supuestamente atendiendo a las necesidades objetiva de desarrollo urbanístico de Agüimes- no por gastos realizados por el Ayuntamiento.”

Se distinguen por tanto dos supuestos:

### **3.2.1.1. Cambios de planeamiento que supongan aumento de valor del inmueble.**

El cesionario o promotor, que restituye el inmueble, generalmente entiende que con la restitución en estos términos, no se repone al cedente en la misma situación que tenía en relación con el bien cedido en la fecha de formalización del contrato, sino que se le repone en condiciones más ventajosas al recuperar una finca con más valor. En este sentido, tal y como recoge la SAP de 18 de octubre de 2013,<sup>627</sup> las plusvalías obtenidas por el mero transcurso del tiempo y las obtenidas por el cambio de calificación urbanística sin intervención o gestión del cesionario en proceso de transformación, o, las producidas sin coste económico también para éste deben beneficiar al cedente que recupera la finca, sin que este aspecto pueda considerarse un enriquecimiento injusto, pues la finca ya cumplía esas expectativas urbanísticas.<sup>628</sup> En nuestra opinión, en el caso de que no existieran expectativas urbanísticas las plusvalías obtenidas por el cambio de calificación urbanística no implicarían un enriquecimiento injusto para el cedente, siempre que el cesionario no haya hecho desembolsos o gestiones para obtener la recalificación. En el caso de que se hubieran producido gastos

---

<sup>627</sup> SAP Las Palmas (Sección 4ª) de 18 de octubre de 2013. Sentencia 374/2013. Recurso de Apelación 114/2012. (RJ 2013,349136). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Elena Corral Losada, que en su Fundamento de Derecho quinto dice: *“Las plusvalías del terreno habrán de aprovechar al dueño del mismo, el demandante aunque no llegue a recuperar su propiedad por consecuencia de la aplicación analógica del art. 361CC. Pero es que además comparte la Sala la alegación del recurrente de que no se ha acreditado que el valor otorgado por las partes para las fincas en la escritura de permuta correspondiera siguiera al valor que las mismas tenían en el momento del otorgamiento de la escritura, ni se ha acreditado tampoco que la valoración de las fincas en aquel momento debiera hacerse conforme a su condición de rústica. Por el contrario, lo cierto es que en la permuta se hace expresa mención a que se permutan las fincas del expositivo por la misma cantidad de suelo en el sector BSOR3; Suelo Urbanizable Sectorizado Ordenado Residencial de Agüimes señalándose que la superficie total a permutar es de cuatro mil metros cuadrados. Ellos supone que aunque formalmente la calificación del terreno a permutar por los actores pudiera conservar en aquel entonces la calificación como rústico, ambas partes consideraban que su inclusión en instrumentos de planeamiento era segura y precisamente por ello consideraban de valor equivalente cada metro cuadrado de las fincas cuya recuperación se pretende en la demanda como consecuencia de la resolución contractual con un metro cuadrado de suelo en un concreto sector urbanístico, el BSO3, con la calificación de Suelo Urbanizable Sectorizado Ordenado Residencial de Agüimes. Expectativas urbanísticas que ya cumplían las fincas permutadas en el momento de la permuta y que necesariamente tendrían que haberse considerado incluso en el hipotético caso de que se admitiera (que no se admite), la restitución por el valor económico que tuviera el terreno a la fecha en que se otorgó la permuta.”*

<sup>628</sup> En este mismo sentido, se pronuncia MARTÍN PÉREZ, Antonio en Art. 453 CC. Comentarios Código Civil y Compilaciones Forales. op.cit. pg. 14/23. Id vlex: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-453-25334>(consultado el 07-10-2014), *“La dificultad se plantea cuando es el resultado de acciones urbanísticas, porque habrá que estar a las eventuales cargas que haya podido soportar el poseedor, y en principio no puede entenderse regidas simplemente por este precepto. El autor concluye que el mayor valor de la cosa, si no es debida a la actividad del poseedor, no le es abonable.”*

y gestiones por cuenta del cesionario sí nos parece razonable que se le tengan que abonar.

Por su parte, la STS de 1 de julio de 2005<sup>629</sup>, entiende que en estos casos, el aumento de valor de la finca debe considerarse mejora a los efectos de previsto en el art. 1123 del CC, que remite al art. 1122 de ese mismo texto legal.

En cuanto a la doctrina científica, GARCIA MEDINA entiende que los cambios urbanísticos, pueden considerarse frutos civiles que se adquieren por accesión a la finca.<sup>630</sup>

Sin embargo, en el supuesto de que para la obtención del cambio urbanístico, se hayan realizado por parte del cesionario desembolsos económicos, la SAP de Valencia de 10 de mayo de 2013<sup>631</sup>, entendió que existía un enriquecimiento injusto a favor del cedente de la finca, pues se le restituía un inmueble de naturaleza diversa a la que tenía cuando se formalizó la cesión del mismo, con un aumento de valor del inmueble. Esta Sentencia, trata de un supuesto de contrato de cesión de solar por obra futura, en la que cedente y cesionario pactan la entrega de un inmueble, para la obtención de terrenos edificables, obligándose el cesionario a obtener un determinado volumen de obra para

---

<sup>629</sup> STS Sala 1ª (Sección 1ª) de 1 de julio de 2005. Sentencia 547/2005. Recurso de Casación 265/1999. (RJ 2005,5090). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, que en su fundamento de derecho primero in fine, dice: *“La incidencia favorable del planeamiento urbanístico debe ser considerada como una mejora de la cosa, no es fruto de ella. La resolución por incumplimiento produce, en cuando a sus efectos restitutorios, los de las condiciones resolutorias según el art. 1123 CC que en su párrafo segundo se remite al art. 1122 en cuanto a la pérdida, deterioro o mejora de la cosa. Aplicando la regla quinta de este último, el aumento de valor cedería en beneficio del acreedor de la restitución, o sea de la parte vendedora que ha resuelto.”*

<sup>630</sup> GARCÍA MEDINA, José. “Adquisición de la propiedad por accesión”. *Sentencias TSJ y AP y otros tribunales*. núm. 20/2002. Parte comentario. Editorial Aranzadi 2003. Pamplona. pg. 6. Entiende el autor: *“A la vista de la interpretación tan amplia de fruto en la jurisprudencia, no estaría excluido a mi entender de esta clase de frutos el aumento de valor que por la mera calificación administrativa, sin construcción alguna, experimenta el suelo con motivo de incorporarse al mismo los derechos urbanísticos, como adquisición gradual de facultades dominicales en suelo urbano y urbanizable que suponen la posibilidad jurídica de incorporación de la futura edificación al patrimonio de su titular, la cual tendrá lugar, en consecuencia por el juego del Instituto Civil de la accesión. Al ser la calificación urbanística una resolución administrativa no se desvirtúa sino que más bien se refuerza la adquisición por ministerio de la Ley de ese fruto civil consistente en un repentino aumento del valor del suelo como consecuencia de adherir jurídicamente al mismo, sea cual fuere su propietario, unas facultades dominicales complementaria que les están prohibidas a otras parcelas de terreno de distinta ubicación”*. En contra se pronuncia MONTFORT FERRERO, Mª Jesús. *op. cit.* pg. 268. *“Conviene distinguir también el concepto de fruto del de plusvalor. El plusvalor es, como su propio nombre indica, un suplemento de valor que no tiene existencia propia y que se origina por una alteración del estado de las cosas, mientras que el fruto es un accesorio que se analiza como una renta y que está destinado a ser consumido. El plusvalor es un elemento que se incorpora al bien y que pertenece necesariamente al acreedor de la restitución. Sin embargo, los frutos pueden ser separados de las cosas.”*

<sup>631</sup> SAP de Valencia (Sección 11ª) de 10 de mayo de 2013. Sentencia 215/2013. Recurso de Apelación 1214/2011. (RJ 2013,2029). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Susana Catalán Muedra.

entregar así al cedente un concreto local comercial construido en la planta baja del edificio a proyectar, cuya superficie se establece en metros cuadrados. El cedente insta la resolución del contrato por causas imputables a la parte cesionaria. La cesionaria demandada, Proara Promotores Aragoneses S.A, presenta a su vez reconvención solicitando el abono de los costes de urbanización de la finca incluida en la Unidad de Ejecución Macrosector III Fusión del Plan General de Ordenación Urbana de Sagunto, que al tiempo de establecer la reconvención ascienden a 216980,87 euros, así como la cantidad abonada en concepto de IBI, dado que las fincas que se transmitieron en su día a favor de la demandada por los actores, si bien estaban incluidas en la Unidad de ejecución “Macrosector 3 Fusión” de Sagunto, constituían suelo rústico, y tras la aprobación del Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución, tienen carácter de suelo urbano. En esta tramitación la cesionaria tuvo que satisfacer los costes de urbanización o carga urbanística, abono que ha efectuado de buena fe y al objeto de conservar física y funcionalmente la cosa, generándose, pues, en el objeto transmitido, y que, en virtud de la resolución contractual, ahora se devuelve una plusvalía que queda incorporada al terreno y por tanto un enriquecimiento sin causa. El Juzgado de instancia, estima la demanda de resolución decretando la restitución de la finca a los cedentes y primitivos propietarios y desestima la reconvención de abono de las cantidades invertidas en la obtención del suelo urbano. Proara Promotores Aragoneses S.A, presenta recurso de apelación en relación con ese último extremo y la Audiencia estima el recurso entendiendo que resultaba probado que la apelante había pagado en metálico hasta la Sentencia la cantidad reclamada de 323.144,55 euros, habiéndose producido un enriquecimiento injusto de la parte cedente, al revertir a su favor la propiedad de un inmueble con naturaleza diversa y de valor superior, cifrándose el incremento de valor en 323.144,55 euros desembolsados.

Así mismo, entiende que no existe causa que justifique el empobrecimiento del cesionario y el enriquecimiento del cedente, pues la causa ha dejado de surtir efectos en virtud de la resolución contractual. De modo que condena al cedente al abono a la cesionaria de dicha cantidad por los gastos de urbanización. Sin embargo, desestima el recurso en relación a la reclamación de cuotas de IBI, por entender que durante el tiempo que fue propietario del inmueble era sujeto pasivo de dicho impuesto, por lo que entiende que no hay empobrecimiento de la cesionaria, sin perjuicio de que pueda reclamar su reintegro a la Administración tributaria. Esta sentencia fue recurrida ante el

Tribunal Supremo que mediante Sentencia de 29 de junio de 2015,<sup>632</sup> estima el recurso de casación interpuesto por los cedentes y declara que los gastos de urbanización realizados por el cesionario no suponen un enriquecimiento injusto para el cedente pues traen su causa del contrato donde consta que los gastos de urbanización serán de cuenta exclusiva del cesionario. Además añade, que sería ilógico y contrario a derecho que la parte cumplidora tuviera que abonar a la parte incumplidora unos gastos a los que se había comprometido por el contrato. Y por último entiende que no consta acreditado que esa obra beneficiara a los cedentes.

Estamos de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Provincial y discrepamos de la del Tribunal Supremo que la casa. Al margen de que pueda o no pueda aplicarse la doctrina del enriquecimiento injusto porque los gastos figuraban en el contrato y tengan su causa en él. El cesionario que ha incumplido el contrato tiene derecho al resarcimiento de los gastos realizados, porque los efectos de la resolución son *ex tunc*. Las partes deben quedar en la misma situación que antes de la celebración del contrato. También consideramos que los gastos invertidos en la urbanización reportan beneficio a los propietarios del suelo.

Por su parte, la SAP de A Coruña de 30 de noviembre de 2012,<sup>633</sup> en un supuesto de permuta de suelo por obra futura, entiende que la inversión realizada por la sociedad cesionaria al abonar los gastos de urbanización, no debe repercutirse a los cedentes, por no haber tenido ninguna intervención ni pacto alguno al respecto. Por tanto, en este caso, no considera aplicable la teoría del enriquecimiento injusto. Por su parte la STS de 17 de Junio de 1986<sup>634</sup> niega el reembolso de gastos, porque las mejoras no se indemnizan sino que se retiran, siempre que se pueda hacer sin detrimento de la cosa principal.

---

<sup>632</sup> STS Sala 1ª de 29 de junio de 2015. Sentencia 387/2015. Recurso de casación 1631/2013. (RJ 2015,3192). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

<sup>633</sup> SAP de A Coruña (Sección 6ª) de 30 de noviembre de 2012. Sentencia 308/2012. Recurso de Apelación 483/2011. (RJ 2013,34693). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Ramón Sánchez Herrero.

<sup>634</sup> STS Sala 1ª de 17 de junio de 1986. (RJ 1986,3554). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno.

### **3.2.1.2 Cambios en el planeamiento que supongan una disminución del valor.**

Este supuesto se refiere a los casos en se produce un cambio en el planeamiento urbanístico, que produce el cambio de calificación de la finca de edificable a no edificable, o que aún continuando calificada como edificable, sufre una merma de edificabilidad o aprovechamiento urbanístico que repercute en su valor económico.

Cuando este cambio en el planeamiento se produce estando ya vigente el contrato de cesión de solar por obra futura y el incumplimiento del contrato es por causas imputables al cesionario o bien a falta de realización de trámites urbanísticos para poder edificar en el solar, o bien a una demora injustificada en el inicio de tales actuaciones, el cedente una vez obtenida la resolución del contrato conforme al art. 1124 del CC, recuperará su solar con un valor inferior al que tenía cuando se formalizó el contrato. En estos casos, aunque el suelo en aquel momento necesitara de trámites y actuaciones urbanísticas para su desarrollo, por no ser suelo edificable, sí es cierto que existían posibilidades de que lo fuera, con la repercusión que esta circunstancia tenía en el valor económico del mismo. De tal forma, que el cedente además de restituírsele el inmueble, tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios conforme al art. 1124 del CC, puesto que la parte cesionaria, desde la celebración del contrato no había realizado ninguna actuación urbanística. Y si se hubiera pactado una condición resolutoria por incumplimiento del cesionario, se puede solicitar conforme al art. 1123 CC en relación con el artículo 1122.4 del CC.

Así, lo establece la SAP de Burgos de 1 de marzo de 2015,<sup>635</sup> referida a un supuesto de resolución de contrato de cesión de solar por obra futura por incumplimiento del cesionario. En este caso, el contrato estaba pendiente de cumplimiento por una de las partes, que era la cesionaria, la cual debía constituir la Junta de Compensación del sector S-15, presentar el proyecto de actuación y edificar las parcelas y entregar las viviendas pactadas. Todo ello resultó incumplido por Construcciones Izquierdo S.L. Por el contrario, la parte cedente, procedió a vender, (así lo dice la sentencia) su finca a la concursada para que pudiera aportarla al proceso de gestión urbanística.

---

<sup>635</sup> SAP de Burgos (Sección 3ª) de 31 de marzo de 2015. Sentencia 86/2015. Recurso de Apelación 21/2015. (RJ 2015,218) Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ildelfonso Jerónimo Barcalá Fernández de Palencia.

La cesionaria, no realizó ninguna gestión urbanística, y la parte cedente, entiende que su finca ha tenido una depreciación económica, pues en el momento de la celebración del contrato, el sector S-18 era susceptible de urbanización, y en la actualidad ya no lo es, por efecto del parón consiguiente de la crisis económica (este supuesto es extrapolable a cambios urbanísticos). De este modo la parte demanda, recibe una finca con un valor muy inferior a la valoración de la fecha en que se formalizó el contrato.

Para computar la indemnización de daños y perjuicios, que además de la finca tiene que recibir el cedente, la sentencia, recurre a un informe pericial, relativo a los costes y beneficios, que a un promotor le hubiera reportado la urbanización de una parcela como la del cedente. Así, para este caso concreto, entiende que existen unos gastos de urbanización de 830.816,54 € y unos ingresos de 11.77.956,48€, con un beneficio de 347.139,94 €, todo ello referido al primer semestre de 2015, que es cuando se hubiera terminado la urbanización. Los cedentes, tendrían que recibir 347.139,94€ en compensación por la resolución, menos 37668€ que es el valor de la finca en el momento de la restitución.

En estos casos de incumplimiento imputable al cesionario, el cedente tendrá derecho además de recuperar el inmueble, a que se le restituya mediante indemnización económica en el valor que tendría conforme a los parámetros urbanísticos vigentes en el momento de la celebración del contrato de cesión, aunque posteriormente hayan sido modificados.

En nuestra opinión, en el contrato que nos ocupa, parece ser que, dado que lo que se pretende es el equilibrio entre las dos prestaciones, los Tribunales, claramente se han inclinado por evitar el enriquecimiento injustificado de ambas partes.

#### **4. LOS EFECTOS DE LA RESTITUCIÓN FRENTE A TERCEROS**

El cesionario puede incumplir su prestación de entrega de los pisos edificadas comprometidos con el cedente en el contrato de solar por obra futura. Teniendo en cuenta que el cedente sólo ostenta un derecho de crédito frente al cesionario, que es quién realmente es propietario de los pisos que se construyen, éste, en virtud de su

derecho de propiedad y de su facultad de disposición, puede enajenar mediante un contrato transmisivo de dominio, los inmuebles que tenía que entregar al cedente.

Por otro lado, si el cesionario no entrega los pisos comprometidos, el cedente hará bien en pedir la resolución del contrato de cesión de solar por obra futura ante los Tribunales, por incumplimiento de la prestación principal de entrega de los inmuebles. En estos casos, se procederá a resolver el contrato, con efectos *ex tunc*, es decir, que cada parte deberá restituirse lo que hubiere entregado, con las condiciones y con los efectos ya vistos. Por tanto, la cuestión es determinar que sucede con las relaciones jurídicas que el cesionario haya podido realizar con terceros en relación con los bienes que tenía que entregar al cedente, y cuál es la posición jurídica del nuevo adquirente de los mismos.

El último inciso del art. 1124 del CC, establece como efecto de la resolución, la restitución de las prestaciones, pero establece que no puede producirse en perjuicio de terceros adquirentes con arreglo a los arts. 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.<sup>636</sup> Se trata, por tanto, de terceros de buena fe, o de terceros de buena fe protegidos por efecto del principio de legitimación que amparan los arts. 32, 34 y 37 de la LH.<sup>637</sup>

No obstante lo anterior, el que las cosas se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubieran actuado de mala fe no impide la resolución, sino que limita el alcance restitutorio de la misma.<sup>638</sup> En este sentido, se pronuncia, la STS de 21

---

<sup>636</sup>ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. Tomo II. pg. 675 En este sentido, entiende “que lo establecido en el CC y en la legislación hipotecaria coincide, con la salvedad de que esta última se refiere a bienes inmuebles de titulares que tengan su derecho inscrito en el Registro. El CC no exige que esta adquisición de buena fe sea a título oneroso, pero debe entenderse así por ser el art. 1295 un precepto relativo a contratos onerosos con contraprestaciones recíprocas, y lo mismo ocurre respecto al art. 1124”. En contra MORENO QUESADA, Bernardo. “De la rescisión de los contratos” .*Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por el Prof. Manuel Albaladejo García. Tomo II *op. cit.* pg. 534. Entiende este autor lo siguiente: “Porque en efecto, y como muy acertadamente ha dejado dicho el T.S (en la reciente STS de 5 de junio de 1981), el art. 1295 CC no exige en relación con la adquisición de bienes inmuebles de buena fe ninguna otra circunstancia que no sea la de que los bienes se hallen legalmente en poder de un tercero que no haya procedido de mala fe y se da esta situación respecto de quien es cesionario del contrato de compraventa del bien por parte del comprador originario con facultad de cesión y desconoce lo que entre éste y el vendedor hubiese podido surgir en orden al cumplimiento de sus respectivas obligaciones.”

<sup>637</sup> MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis. *Comentario al art. 1124 CC en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, Vol. 1º. Ars. 1088 a 1124 del CC. Editorial Revista de Derecho Privado. pg. 1247.

<sup>638</sup> MONTFORT FERRERO, M<sup>a</sup> Jesús. *op. cit.* pg. 258. En este mismo sentido se pronuncia la STS (Sala Civil) de 16 de diciembre de 2002. Sentencia 1211/2002. Recurso de Casación número 1590/1997. (RJ 2002/10749). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, que en su Fundamento de



de junio de 2002,<sup>639</sup> en un supuesto en que se había celebrado un contrato privado de permuta de un edificio propiedad de los demandados, por el que éstos se obligaban a transmitir su propiedad a la sociedad “Construcciones Llabres y Montaner S.A”, y ,ésta a su vez, se obligaba a la construcción de un edificio y a entregar cuatro locales, estableciéndose una clausula resolutoria expresa de que, si en un determinado plazo no se concluían las obras, se resolvía el contrato. Posteriormente, se otorga escritura pública de compraventa de esta finca a favor de la sociedad y en escritura de 31 de diciembre de 1985 se otorga la declaración de obra nueva y división horizontal.

En fecha 7 de marzo de 1983, Construcciones Llabres y Montaner S.A, en documento privado, vende el local de planta baja a Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, que es la demandante. En dicho contrato no figuraba la condición

---

Derecho Primero dice: “No debe dejarse de lado la previsión que contiene el último párrafo del artículo 1124 del CC, al resultar protector de los terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 si bien referidos a la rescisión y disposiciones hipotecarias. El párrafo segundo del referido artículo 1295 prevé el supuesto de encontrarse legalmente las cosas objeto del contrato en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, en cuyo caso, se viene a limitar su alcance rescisorio en cuanto que el contratante incumplidor deberá restituir el valor correspondiente(Sentencias de 13-5-1972 (R/J 1972/2394) 13-02-1989 (R/J 1989/831) 6-6-1995 (R/J 1995/5054), que es la solución decisoria correcta que alcanza el Tribunal de Instancia, pues condenó al adquirente de los solares al pago del valor de las viviendas a la fecha de terminación como acto previo al otorgamiento de escritura pública por el cedente del suelo.”

<sup>639</sup> STS (Sala de lo Civil) de 21 de junio de 2002. Sentencia 638/2002. Recurso de Casación 73/1997. (RJ 2002,5257). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, que en su fundamento primero número 3 dice: “La cuestión se plantea porque en aquel contrato de permuta cuya resolución ha sido declarada por sentencia firme, obraba una condición resolutoria expresa consistente en que si el adquirente de la finca no construía el edificio en el plazo indicado, se producía la resolución: artículo 1123 del CC. Lo cual no era sino la concreción al caso, de la resolución de las obligaciones sinalagmáticas, por razón del incumplimiento de una de ellas: art. 1124. En uno y otro caso, se produce la resolución de las obligaciones con efecto retroactivo. En el caso presente, la entidad “Construcciones Llabrés y Montaner S.A”, al quedar resuelto el contrato de permuta (y el de compraventa y la declaración de obra nueva y división de propiedad horizontal) por el que adquirió la finca, dejó de ser propietario. A su vez, en principio, son ineficaces sus actos dispositivos sobre la misma, precisamente por su falta de poder de disposición, declarada posteriormente pero con efecto “ex tunc”. Sin embargo el efecto retroactivo de la resolución, sea por condición resolutoria expresa, sea por incumplimiento de las obligaciones bilaterales, no alcanza a terceros adquirentes de buena fe. Partiendo de la norma del último párrafo del art. 1124 del CC se atenúa el efecto retroactivo de la resolución; ésta alcanza a los actos dispositivos efectuados, pero sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros; por lo cual la disposición a terceros de buena fe, se resuelve en indemnización de daños y perjuicios.

El tercero de buena fe no es solo el tercero hipotecario (al que se refiere el último inciso del último párrafo del art. 1124); si la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, hubiera inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad s protección sería absoluta, por mor del art. 34 de la LH, y ni se habría seguido este proceso. A la inversa si aquel contrato que contenía la condición resolutoria hubiera estado inscrito en el Registro de la Propiedad, tampoco había problema pues alcanzaría la resolución a la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, adquirente según el art. 34, primer párrafo, último inciso. Faltando la seguridad que deriva de la legislación hipotecaria, no queda absolutamente desprotegido el tercero; es decir el tercero adquirente de buena fe es respetado por el Derecho no necesariamente cuando es tercero hipotecario; en otras palabras, éste no es el único tercero de buena fe que está protegido en derecho”. También se pronuncia en este sentido la SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) de 22 de septiembre de 2003. Sentencia 191/2003. Recurso de Apelación 338/2002. (RJ 2004,293). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Rosa Villegas Mozos.

resolutoria anteriormente mencionada. Los cedentes ejercitaron la acción de resolución, recayendo Sentencia en fecha 23 de marzo de 1990, que declaró la resolución contractual y también la ineficacia de las escrituras de 13 de diciembre de 1985 y 31 de diciembre de 1985.

El problema planteado, es el de si esta resolución alcanza a la compraventa del local que adquirió la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, que posee de buena fe y que no consta inscrito en el Registro de la Propiedad. La entidad bancaria demanda a cedente y cesionario y a la sindicatura de la quiebra de este último, para que se declare la propiedad del local a favor de la Caja de Ahorros y se inscriba en el Registro de la Propiedad. La Sentencia de instancia estima la demanda en su integridad, mientras que la Audiencia la confirma en parte, negando lo relativo a la inscripción en el Registro. Tanto la parte cedente como la Caja de Ahorros, formulan recurso de casación contra dicha Sentencia. El recurso de casación se fundamenta en la existencia de la cláusula resolutoria expresa del contrato de cesión de solar por obra futura, y la producción de la resolución en virtud del art. 1123 y 1124 del CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso planteado por los cedentes, al entender que, aunque la resolución produce efectos *ex tunc*, frente a la misma, concurre la protección del tercero de buena fe, respetándose los derechos legítimamente adquiridos por éste aunque no sea tercero hipotecario inscrito en el Registro de la Propiedad.

Por el contrario, la STS 16 de diciembre de 2011<sup>640</sup> contempla el supuesto inverso, en el que en un contrato de cesión de solar por pisos a construir, no se reconoce la existencia de buena fe en el tercero adquirente ni que la adquisición había sido a título oneroso, de tal forma que no se encuentra amparado por el art. 34 de la LH. En esta Sentencia, se entendía un supuesto de hecho de cesión de solar a cambio de unos locales en edificio a construir, que recibieron y ocuparon, otorgando escritura de consumación

---

<sup>640</sup> STS Sala 1ª (Sección 1ª) de 16 de diciembre de 2011. Sentencia 951/2011. Recurso de Casación 1853/2008. (RJ 2012,3527). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. También en este sentido STS (Sala de lo Civil) de 8 de marzo de 2001. Sentencia 235/2001. Recurso de Casación 473/1996. (RJ 2001,3975). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. También SAP de Badajoz (Sección 1ª) de 15 de enero de 1998. Recurso de Apelación 358/1997. (RJ 1998,89). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ramiro Baliña Mediavilla, que en Fundamento de Derecho 5º dice:

*“Ahora bien, es cierto que el art. 1124 en su último párrafo deja a salvo los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1295 y 1298 o a las disposiciones de la LH luego resta por examinar si los demandados recurrentes tienen la condición de adquirentes de buena fe, sin lo cual no tienen la consideración de terceros protegidos de acuerdo con lo que disponen los arts. 1295 y 1298 y 32, 34, 37 de la Ley Hipotecaria.”*

de permuta que no fue inscrita en el Registro de la Propiedad. La empresa Solares Villar S.L, cesionaria del antiguo solar, fue vendida a Construcciones Chinata S.A, que vendió las fincas de los permutantes que estaban a nombre de Solares Villar S.L en el Registro de la Propiedad, a Feggat Trading S.L, que fue quién inscribió a su nombre dichos inmuebles y constituyó hipoteca sobre las fincas referidas a favor de D. Horacio en garantía de una serie de letras de cambio, cuya tenedora era Pycapa S.L.

Por ello, los cedentes del solar, interponen demanda para la declaración de propiedad y de que las escrituras públicas de permuta y consumación de permuta de los inmuebles construidos son válidos y justos títulos de adquirir el pleno dominio de las fincas construidas. Asimismo, solicitaban la nulidad de las compraventas otorgadas por la entidad cesionaria Solares Villar S.L a favor de Feggat Trading S.L, sobre las anteriores fincas, y la cancelación de las inscripciones registrales contradictorias con base en los anteriores títulos, y además el levantamiento y cancelación de todas las hipotecas, embargos y demás cargas que graven los inmuebles litigiosos.

El Juzgado de Instancia, estimó parcialmente la demanda interpuesta por los cedentes, declarando que las escrituras de permuta y consumación de permuta eran válidas y justos títulos de adquirir la propiedad de los inmuebles construidos y declaraba asimismo, la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones practicadas sobre dichas fincas, excepto las hipotecas constituidas a favor de D. Horacio y posteriores tenedores de las letras de cambio que en las mismas constan. Los cedentes, presentan recurso de apelación y la Audiencia estima el mismo, ordenando también la cancelación de todas las cargas e hipotecas. La Audiencia denegó la calificación de terceros de buena fe, porque había quedado acreditado que, tanto la adquirente Feggat Trading S.L, como el hipotecante D. Horacio, conocían la situación de los inmuebles objeto de la permuta, y Pycapa S.L, tenedora de las letras, porque no había acreditado que hubiera adquirido sus derechos de crédito por medio de un negocio jurídico oneroso. Se presenta recurso de casación contra dicha sentencia que es desestimado por el TS a través de la citada Sentencia de 16 de noviembre de 2011.

Entendemos que la Sentencia no considera al adquirente y al hipotecante, dignos de la protección registral, por no concurrir en ellos buena fe, y respecto de la tenedora de las letras porque conforme establece el art. 1295 del CC, por remisión del art. 1124

de ese mismo texto legal, no puede amparar su adquisición por considerarse que no ha quedado acreditado que se hubiera adquirido onerosamente, es decir, mediante compra.

Por su parte, la DGRN también se ha pronunciado con relación a la cancelación de inscripciones a favor de tercero en virtud de resolución por Sentencia judicial, declarando en la RDGRN de 21 de junio de 2012<sup>641</sup> que no pueden cancelarse las inscripciones a favor de tercero que no hayan sido parte en el procedimiento.

## **5.LOS EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN EL CONTRATO DE CESION DE FINCA POR EDIFICACIÓN FUTURA**

### **5.1 Introducción**

La crisis económica ha afectado especialmente a la actividad inmobiliaria, así como la falta de fluidez en los créditos ha provocado que muchas empresas promotoras no puedan continuar con su actividad económica, lo que lleva a que no puedan cumplir con los compromisos adquiridos. En este contexto, se ven inmersos algunos particulares que cedieron suelo a cambio de inmuebles futuros. Ante la imposibilidad de asumir sus compromisos y ante la falta de liquidez, son muchas las promotoras que inician el procedimiento de concurso de acreedores.

Esta situación de crisis empresarial, ya de por sí complicada, puede convertirse en un auténtico calvario para los cedentes del suelo, por las específicas cualidades del contrato de cesión, en el que los propietarios han cedido la propiedad del suelo pero no han recibido los inmuebles futuros. Conviene analizar, como afecta, el procedimiento concursal y su legislación específica a los derechos del cedente, y si su habitual posición de debilidad respecto del cesionario, se agrava en el marco del procedimiento concursal.

### **5.2 El concurso de acreedores en la Ley Concursal 22/2003.**

El concurso de acreedores, está regulado en la Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio, con las modificaciones introducidas por el R/D 3/2009 de 27 de marzo y por la Ley 38/2011 de 10 de octubre que reforma la Ley 22/2003 de 9 de julio y más

---

<sup>641</sup> RDGRN de 21 de junio de 2012. (BOE 26.07.2012).

recientemente por la Ley 9/2015 de 25 de mayo de Medidas urgentes en materia concursal, procedente del Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre.<sup>642</sup>

Los principios que inspiran el procedimiento concursal, son los de unidad, universalidad y *par conditio creditorum*. Estos principios significan que todos los conflictos que se produzcan entre acreedores y concursados van a resolverse dentro del procedimiento concursal mediante los llamados incidentes concursales, que resolverá el mismo Juez que entiende del concurso, y que los acreedores, salvo determinadas excepciones establecidas en la ley, van a tener que asumir las mismas condiciones. Por otro lado, el objetivo fundamental del concurso de acreedores, es la conservación y el mantenimiento de la actividad económica de la empresa.<sup>643</sup> Este principio va a determinar el tratamiento que se dé a las relaciones jurídicas del deudor.

Constituye una novedad legislativa la regulación introducida sobre los efectos que el concurso presenta sobre los contratos bilaterales, pues con anterioridad, el CCom no contenía regulación específica sobre los efectos que la quiebra podía producir sobre los contratos bilaterales vigentes a la declaración de quiebra. Fueron los Tribunales los que, a través de sus resoluciones, consolidaron una Jurisprudencia en relación con estos contratos en caso de quiebra de una de las partes. La LC ha venido a llenar un vacío, partiendo en todo caso, del principio de que el cumplimiento o resolución contractual se rigen por la legislación civil, que convenientemente matiza y modifica.<sup>644</sup>

La LC regula expresamente los efectos que la declaración del concurso produce sobre los contratos bilaterales en los que sea parte el concursado y se encuentran pendientes de ejecución, intentando conciliar la normativa general relativa al contrato y su cumplimiento con las especiales características del concurso y los intereses del contratante *in bonis* con los demás acreedores del concursado. La LC establece los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, en los arts. 61, 62, 63, estableciendo una regulación diferente en función de si las partes han cumplido su respectiva prestación o no.

---

<sup>642</sup> Ley 9/2015 de 25 de mayo de Medidas urgentes en materia concursal. (BOE 26.05.2015). Procede del RD/Ley 11/2014 de 5 de Septiembre que fue convalidado por el Congreso y tramitado con posterioridad como Proyecto de Ley. La finalidad u objetivo de esta última reforma, según consta en el Preámbulo de la Ley, es facilitar el reflujo y la refinanciación de Grandes Empresas en proceso concursal.

<sup>643</sup> Art. 44.1 LC establece: “La declaración del concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”.

<sup>644</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana. *Los efectos de la declaración del concurso en las obligaciones bilaterales*. Valencia. 2010. pg. 26

### **5.3 Las obligaciones bilaterales en el concurso de acreedores.**

La LC distingue desde el punto de vista de los efectos de las obligaciones bilaterales dos supuestos:

**5.3.1. Regulado en el art. 61.1 LC se refiere al supuesto en el que una de las partes ha cumplido con su prestación al declararse el concurso, y la otra parte estuviere pendiente de cumplimiento de su obligación recíproca.**

En este caso el crédito o deuda se incluirá en la masa activa del concurso, porque la declaración de concurso tiene como consecuencia el sometimiento de las partes a un procedimiento universal, conforme al art. 49 LC. Esto implica, que cuando el que incumple con su obligación es el concursado, la otra parte dispone de un crédito concursal integrado en la masa, sometido a la ley del dividendo, y no puede ejercitar la resolución del contrato.

Los supuestos en nuestro caso serían: cuando el cedente ha transmitido la totalidad del solar o de la edificabilidad, o bien cuando ha transmitido solamente una cuota de suelo o una cuota de edificabilidad. En ambos casos, el cedente, ha cumplido con su obligación al transmitir la propiedad de la totalidad o una cuota del solar o de edificabilidad, pues en ello consiste su obligación principal. Sin embargo el cesionario tiene pendiente de cumplimiento su prestación. En estos casos, la LC no permite instar la resolución del contrato.

En nuestra opinión, este impedimento va a condicionar toda la situación del cedente en el procedimiento concursal, en la calificación de su crédito y en la imposibilidad de recuperar el inmueble cedido.

**5.3.2. Regulado en el art. 61.2.1 LC, que dispone que la declaración de concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.**

El contrato bilateral seguirá produciendo sus efectos de manera automática y cada uno de los obligados, tanto el concursado como la parte no concursada, deberán seguir cumpliendo sus prestaciones. Conviene precisar, que de acuerdo con la doctrina, la vigencia del contrato exige que las obligaciones pendientes de ambas partes, tengan

carácter principal y estén recíprocamente vinculadas.<sup>645</sup> En el caso del concursado, las prestaciones a que está obligado se realizarán con cargo a la masa, conforme al art. 61.2.1 *in fine*.

En este segundo supuesto, en que las obligaciones recíprocas de las dos partes se encuentran pendientes de cumplimiento, el legislador dispone a favor del concursado intervenido o de la administración concursal, si el concursado resulta suspendido, la posibilidad de solicitar la resolución del contrato bilateral “en interés del concurso” y será acordada, incluso si la otra parte no está de acuerdo, conforme al art. 61.2.2 LC. También, en el supuesto de que concurra causa de incumplimiento una vez declarado el concurso, y aunque la regla general es que cualquiera de las partes puede solicitar la resolución del concurso, conforme al art. 62.1 LC, el Juez del concurso acordará el mantenimiento del contrato en interés del concurso (art. 62.3 LC).

En nuestra opinión, el legislador ha tomado estas medidas, porque la finalidad última del procedimiento de concurso de acreedores tal y como está establecido en la actual LC, es el mantenimiento de la actividad empresarial del concursado. Por ello, en estos supuestos se permite la resolución o no del contrato en función de si es beneficioso para el saneamiento de la empresa concursada o por el contrario es perjudicial

#### **5.4 El incumplimiento contractual por parte del cesionario o promotor concursado y la posibilidad de resolución conforme al art. 1124 del CC.**

En el contrato de cesión de solar por obra futura, la situación más habitual es que el cedente transmita desde el principio al cesionario la propiedad del solar por lo cual cumple con su prestación con anterioridad al cesionario, pues la prestación de éste consiste en la entrega futura de los pisos o locales comprometidos en el contrato. Nos encontramos, pues, ante un contrato de tracto único, lo que va a determinar el tratamiento del contrato dentro del proceso concursal.

---

<sup>645</sup> SÁNCHEZ GIMENO, Sergio. *El contrato de obra inmobiliaria en el concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch. Concursal. 2010. pg. 27.

Los Tribunales, pese a la escasez de Jurisprudencia en este sentido, entienden que el cesionario debe hacer valer sus derechos dentro del procedimiento concursal correspondiente y ante el propio juez del concurso. Así, se establece en la STS de 27 de abril de 2009,<sup>646</sup> y más recientemente en el ATS de 12 de julio de 2011,<sup>647</sup> que determinan la necesidad de tramitarse el procedimiento dentro de un incidente concursal.

Teniendo en cuenta que una de las partes, el cedente, por lo general habrá cumplido con su prestación, y la otra está pendiente de cumplimiento, en la mayoría de los casos, nos encontraríamos ante un supuesto regulado en el art. 61.1 L.C, respecto al cual en principio parece no poder instarse la resolución del contrato conforme al art. 1124 C.C.

El contexto económico anterior a la crisis y el poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley Concursal del año 2003, que ha impedido que se consolide una doctrina y Jurisprudencia clara al respecto, existen opiniones contradictorias tanto en la doctrina<sup>648</sup> como en la Jurisprudencia, con relación con la posibilidad de instar o no la resolución contractual por incumplimiento del cesionario antes de la declaración del concurso. Sin embargo la tendencia mayoritaria y que se está imponiendo es la de que no es posible solicitar la resolución.

La postura que defiende la posibilidad de solicitar la resolución se basa en que la privación de la facultad de resolver el contrato sinalagmático, de tracto único, por el incumplimiento de una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración

---

<sup>646</sup> STS, Sala 1ª, Sección 1ª, Sentencia de 27 de abril de 2009, (RJ 2009,4732).

<sup>647</sup>ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 12 de julio de 2011 (RJ 2011/5116), Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos que en su Fundamento de Derecho 3º establece: *“En el caso que nos ocupa la acción ejercitada, en la que se solicitaba que se declarase la resolución del contrato de permuta, se ha seguido por los cauces de un juicio declarativo ordinario, si bien conforme resulta del art. 62.2 de la Ley Concursal, debió tramitarse como un incidente... Consecuentemente, la acción resolutoria tiene carácter incidental en la Ley Concursal, ha de tramitarse como un incidente concursal, independientemente de la cuantía del procedimiento.”*

<sup>648</sup> MORENO SANCHEZ-MORALEDA, Ana. *Los efectos de la declaración del concurso en las obligaciones bilaterales*. Tirant lo Blanch. Concursal. 2010. *op cit.* pg. 141. Esta autora se muestra a favor pues considera que el resultado es incompatible con el concurso, pues éste es un procedimiento universal que satisface a todos los acreedores. También en este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. “Cesión de Solar por obra futura y determinación del objeto”. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2010 Comentario” BIB 2010/674, pg. 5. *“En principio parece aplicable el párrafo 1º del art. 61, porque el cedente del solar ha cumplido ya sus obligaciones contractuales, estando pendientes las del promotor, de modo que la deuda de éste se integrará en la masa pasiva del concurso y aquél es un acreedor más del concursado, sin consideración especial alguna derivada de su titularidad de lo que tradicionalmente se ha considerado, al menos, “unius ad rem.”*



del concurso, exige una declaración terminante y expresa que derogue la facultad reconocida con carácter general en el art. 1124 CC. Y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del art. 62.1 LC. Además, añaden que, no puede obligarse a los cedentes que han cumplido su obligación de transmisión de la propiedad de la finca a mantener el vínculo contractual, cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra. En este sentido se pronuncian las SSAAPP de Alicante, sección 8ª de 9 de julio <sup>649</sup>y de 9 de septiembre de 2010 y Valencia Sección 9ª de 29 de noviembre de 2010 y 21 de febrero de 2011<sup>650</sup>. Por el contrario, la Jurisprudencia mayoritaria sostiene que no es posible la resolución por la propia distinción que la LC hace entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo, e incumplimiento anterior o posterior a la declaración judicial del concurso <sup>651</sup> y se inclina por la tesis contraria a la resolución contractual instada después de la declaración del concurso por incumplimiento anterior del

---

<sup>649</sup> SAP de Alicante (Sección 8ª), de 9 de julio de 2010, Sentencia 296/2010, Recurso 250/210 (RJ 2010/355662), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán, que en su Fundamento de Derecho 4º establece: *“No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso por las siguientes razones: 1) La privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el art. 1124 del CC y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del art. 62.1 LC. 2) No puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras. 3) Tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del art. 61.2 LC), porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis, y porque en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual.”*

<sup>650</sup> En ese mismo sentido se pronuncian la SAP de Alicante de 9 de septiembre de 2010 (RJ 2010,3174); SSAP de Valencia, (Sección 9ª) de 29 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 5858) y 21 de febrero de 2011 (RJ2011,655).

<sup>651</sup> SAP de la Coruña, Sentencia 152/2012 de 2 de abril de 2012, Recurso 573/2011, (RJ 2012,1045), Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Ana Díaz Martínez. La Sentencia en su Fundamento de Derecho Primero establece: *“Constituye el centro del debate en primera instancia, lo que se reproduce en esta apelación, si la acción resolutoria ejercitada encaja en los parámetros del art. 62.1º LC, por cuanto este precepto, en la relación con el art. 61, resulta según la opinión mayoritaria de doctrina científica y sentencias de las Audiencias Provinciales, que sólo puede ejercitarse la acción si el incumplimiento del concursado es posterior a la declaración de concurso o si el contrato que se pretende resolver no fuera de tracto único sino sucesivo. En cambio, si la otra parte del contrato, que se pretende resolver, siendo éste de tracto único, ha cumplido todas las obligaciones esenciales, y sólo queda pendiente el cumplimiento de las obligaciones del concursado, habiéndose producido el incumplimiento ya antes de la declaración judicial de concurso, la acción no puede ser estimada. En efecto opuestas estas circunstancias tanto por la administración concursal como por la concursada, Martína-Fadesa S.A, en sus escritos de contestación a la demanda, los argumentos son estimados por la sentencia de instancia, que, al acogerlos, desestima la demanda resolutoria.”*

concurado. En este sentido se pronuncia la STS de 22 de mayo de 2014.<sup>652</sup> Ante la imposibilidad de solicitar la resolución por incumplimiento del promotor, conforme al art. 1124 del CC mediante la interposición de una demanda incidental, tramitada dentro del propio procedimiento concursal, con el fin de que una vez declarada la resolución el bien inmueble fuera restituido al antiguo propietario, y manteniéndose la validez del contrato, la consecuencia de la continuación de la relación jurídica convierte al cedente en acreedor, por lo que habrá que determinar la calificación de su crédito.

Nosotros consideramos que es más eficaz y justo para todos los acreedores, que no se pueda resolver el contrato cuando una de las prestaciones ya está realizada, porque en la mayor parte de las situaciones va a ser imposible la restitución de esa prestación. Y si es posible irá en detrimento del resto de los acreedores. Ello supondría tratar de forma desigual a los acreedores, beneficiando a unos y perjudicando a otros. En definitiva implica una trasgresión del principio fundamental del concurso de acreedores *par conditio creditorum* y la propia razón de ser del procedimiento concursal.

---

<sup>652</sup> STS Sala 1ª (Sección 1ª) de 22 de mayo de 2014. Sentencia 235/2014. Recurso de Casación 1668/2014. (RJ 2014,2261)Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo que en su motivo segundo de casación dice: *Desestimación del motivo. Este motivo afecta únicamente a la pretensión de resolución del contrato de permuta por incumplimiento de la promotora. Ha quedado acreditado en la instancia que, antes de ser declarado el concurso de la promotora Martinsa-Fadesa, ya había construido las dos viviendas y se las había ofrecido a la Sra. Verónica, así como el local que debía sustituir la tercera vivienda. También ha quedado acreditado que la contraprestación que la Sra. Verónica debía satisfacer por la obtención de estos tres inmuebles (dos viviendas y unos bajos) era la DIRECCIONOOO, y que cumplió con esta obligación mediante su entrega en el año 1996. Por lo tanto, al tiempo de declararse el concurso de acreedores de Martinsa-Fadesa, el contrato de permuta estaba pendiente de cumplimiento tan sólo por una de las partes, la promotora concursada. Consiguientemente, el derecho de la Sra. Verónica, y, en su caso, sus cesionarios, pudieran tener sobre las dos viviendas con sus trasteros y garajes, y el local constituía, conforme al art. 61.1 LC, un crédito concursal que debía comunicarse y ser reconocido, y ser satisfecho conforme a la solución concursal que optase. Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración del concurso sólo estaba pendiente el cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el art. 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración del concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el art. 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en otras sentencias. Pero la razón de la desestimación de la resolución del contrato no es tanto que se trata de un contrato de tracto único, y que el incumplimiento fue anterior a la declaración del concurso, como que en ese momento tan sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada, por lo que no eran de aplicación los arts. 61.2 y 62.1 LC, sino el art. 61.1 LC. En este caso, la demandante tenía un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso no puede justificar la resolución del contrato sino la reclamación del crédito (aunque consista en una prestación de dar cosa específica) dentro del concurso.*

Sin embargo, la resolución del contrato cuando las prestaciones de ambas partes están pendientes o cuando se trata de prestaciones de tracto sucesivo, si nos parece acertada. Esto es así, porque se resuelve la relación jurídica, no produciéndose la restitución de las prestaciones ya realizadas, pero sí produce el efecto liberatorio para ambas partes. De esta manera, no se perjudica a ninguna de las partes contratantes porque a partir de la resolución no tienen que cumplir las prestaciones, y tampoco influye esta resolución en la posición concursal del resto de los acreedores.

#### **5.4.1 La calificación del crédito del cedente del solar cuando no es posible la resolución contractual.**

El cedente, antiguo propietario del solar, no va a tener la posibilidad de recuperar el inmueble que transmitió a la promotora concursada, pues realmente lo que ostentaba era un derecho personal a recibir unos determinados inmuebles. Esta circunstancia va a tener reflejo en el concurso y en la calificación de su crédito. Sin embargo, en el supuesto en que se haya transmitido sólo una cuota del suelo, solamente iría a la masa del concurso la cuota del suelo transmitida, quedando el resto del suelo propiedad del cedente fuera del concurso. En relación con los inmuebles futuros del cedente, su adquisición se realiza por accesión a medida que se va realizando la obra, y el cedente, va a ser propietario de lo que ya esté construido por lo que en ese aspecto el concurso no le va a afectar. En cuanto a la parte de inmuebles futuros que quede por construir, HERNÁNDEZ ANTOLÍN,<sup>653</sup> con quien en este aspecto coincidimos, considera que el cedente quedaría sujeto a la *par conditio creditorum*, pero sólo en relación a la obligación de construir, por lo que su crédito será calificado como ordinario valorándose por el valor de la obra no ejecutada.

La doctrina científica y la Jurisprudencia mayoritaria, entienden que el cedente es un acreedor concursal e incluyen su crédito como crédito ordinario del concurso conforme establece el art. 49<sup>654</sup> de la LC. En cuanto al cómputo de la prestación u

---

<sup>653</sup> HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel. “El negocio de aportación de solar”. *Manual de Derecho de la Construcción*. Manuales Profesionales La Ley. Grupo Wolters Kluwer. año 2008. 1ª edición. pg. 1286.  
<sup>654</sup> En este mismo sentido se pronuncian, la SAP de Pontevedra de 13 de septiembre de 2010 (RJ 2010/334201); SSAP de La Coruña (Sección 4ª) de 11 de julio de 2011 (RJ 2011,318820); 28 de julio de 2011 (RJ 2011,315803) ; 7 de septiembre de 2011, (RJ 2011,349599); 13 de septiembre de 2011 (RJ 2011,346445); 16 de septiembre de 2011 (RJ 2011,349599); 21 de octubre de 2011 (RJ 2011/393866); 18 de enero de 2012 (RJ 2012/275); SAP de Salamanca (Sección 1ª), de 4 de abril de 2012 (RJ 2012/397);

obligación no dineraria, como es el caso que nos ocupa se computarán en dinero por el valor de las prestaciones a fecha de declaración del concurso, conforme al art. 88.1 LC.

La prestación del cesionario concursado, continúa siendo una obligación de dar conforme al art. 1088 del CC, pese a su inclusión en la lista de acreedores convertida en dinero. Además, el valor de las prestaciones a la fecha de declaración del concurso no tiene por qué ser el valor de mercado del inmueble, sino que hay que atender al que dieron las partes a sus respectivas prestaciones en el contrato de cesión de solar por obra futura. Por lo tanto, en el pasivo se incluye el valor que figura en el contrato. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 4 de abril de 2011<sup>655</sup> y más recientemente la SAP de Palma de Mallorca de 27 de febrero de 2012.<sup>656</sup>

---

<sup>655</sup> SJMER núm. 6 de Madrid de 4 de abril de 2011, (RJ 2011,141450) que textualmente dice: *“Atendiendo a tal doctrina (adquisición de la propiedad conforme al art. 609 CC), resulta que al tiempo de la declaración concursal de la constructora cesionaria del terreno, existía en su pasivo un derecho obligacional de entrega de cosa futura y determinada; obligación no dineraria que debe tener reflejo en la conformación del pasivo y de la lista de acreedores, no existiendo a cargo de los cedentes de los inmuebles obligación esencial pendiente de cumplimiento. En cuanto al valor que debe darse a la prestación, esta sentencia establece: “Pero siendo ello cierto, tal regulación no impone ni exige que dicho valor prestacional se determine atendiendo al valor de mercado, en cuanto tal mecanismo está dispuesto de modo exclusivo para la conformación de la masa activa y de su posible valoración en caso de liquidación concursal; pero tal mecanismo no puede ni debe resultar de aplicación para la realización del listado de acreedores y de la mera conversión en dinero de una futura prestación de dar cosa concreta y determinada, para su homogénea incorporación contable al listado de acreedores, pues la prestación debida es y sigue siendo la de hacer, no hacer o dar (art. 1088 CC). Siendo ello así resulta en la presente causa que por acuerdo contractual entre las partes y al tiempo de la cesión por permuta se estableció el valor de las prestaciones de cada una de las partes, llegando incluso a establecer pagos por los excesos o defectos de las adjudicaciones; de lo que resulta que nos encontramos ante prestaciones con valor concreto y determinado por voluntad de los contratantes, con exclusión de toda especie de deuda de valor. En efecto, sosteniendo las demandantes que el art. 88.3 LC incorpora una cláusula de valor (de tal modo que el cómputo de la prestación vendría determinado a un elemento móvil o subyacente, cual es el valor de mercado de las viviendas, trasteros y garajes adquiridos), lo que pretenden los demandantes es recoger en el listado de acreedores tales variaciones, con olvido de que por su propia voluntad la reciprocidad de las prestaciones y su valoración quedaron determinadas en el contrato de permuta como elemento esencial del mismo (pues el precio y la cosa a construir lo son), excluyendo en la fijación del precio de la cosa y de la contraprestación en dinero toda cláusula de valor, por lo que mal puede pretender su invocación cuando el origen de la obligación en que consiste la prestación de dar es el contrato de permuta en el que las partes fijaron el importe en que se valoraban y que deberían incorporarse a la perfección de la cesión de lo edificado”.*

<sup>656</sup> SAP de Palma de Mallorca (Sección 5ª) de 27 de febrero de 2012. Sentencia número 96/2012. Recurso de Apelación. 413/2011. (RJ 2012,114255) Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Covadonga Sola Ruiz que en su fundamento de Derecho 3º dice: *“En conclusión, el actor permutante, que aún no ha recibido la obra futura e inacabada, debe ser considerado como acreedor concursal, sin que pueda tener cabida, la resolución contractual por incumplimiento, pues esta posibilidad se reserva en el art. 61.2 de la Ley concursal a supuestos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y tampoco pueda instar el cumplimiento in natura mediante la exigencia de la entrega del bien, pues de este modo se vulneraría el principio de universalidad concursal de la masa activa en cuanto que provocaría la salida de la misma de determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos y del mismo principio respecto a la masa pasiva, por cuanto, se ha indicado, el art. 61.1 convierte al permutante en acreedor concursal. Es por ello que procede calificar el crédito del accionante como ordinario (art. 89.3) y por consistir el*

Sin embargo, la SAP de Baleares de 30 de marzo de 2010<sup>657</sup>, que resuelve el recurso interpuesto por los cedentes de un solar contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de fecha 16 de junio de 2009, sobre la impugnación de la lista de acreedores y de la masa y ejercitando además la acción declarativa de dominio y la de cumplimiento del contrato. Los cedentes solicitaban en el recurso, que se declarara que los bienes objeto de la contraprestación consistente en local comercial y aparcamiento número 1, vivienda, trastero y plaza de aparcamiento número 12, y vivienda trastero y plaza de aparcamiento número 15 descritos todos ellos en la escritura de permuta eran de su propiedad, según se disponía en la propia escritura, y que se realizaran los trámites necesarios para la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad de sus derechos de propiedad. Además, solicitaban que se reconociera a favor de los cedentes una indemnización igual al valor de las obras no finalizadas, la penalización prevista en la propia escritura de permuta y su inclusión en el listado de acreedores. Además subsidiariamente, solicitaban la resolución del contrato y la restitución de la plena propiedad del solar cedido por los demandantes o de la cuota de propiedad que corresponda, y la entrega a los cedentes de los inmuebles objeto de la contraprestación.

En esta Sentencia, de nuevo se pone de manifiesto el interés de la parte cedente para obtener los inmuebles comprometidos, o al menos la recuperación del solar mediante el ejercicio de la acción resolutoria. La Sentencia establece, una vez más, que es un supuesto obligaciones sinalagmáticas, en las que ha existido el cumplimiento de su prestación por la parte cedente, que ha transmitido la propiedad de solar. Se da

---

*mismo una prestación in natura computarse en dinero, concretamente 295.000 €, que es el valor dado a la contraprestación (vivienda y local) en la propia escritura, conforme determinan los arts. 88.3 y 146 de la Ley concursal y sin derecho al devengo de los intereses que se reclaman (art. 59) ”*

<sup>657</sup> SAP de Baleares (Sección 5ª) Sentencia núm. 122/2010 de 30 de marzo de 2010, (RJ 2010,994), que en su Fundamento de Derecho 3º señala: “ *Analizando detenidamente el informe de la administración concursal de 24-10-08, e insiste en que el incumplimiento principal por parte de la cesionaria se mantiene y prorroga después de la declaración del concurso, siendo su obligación de tracto único, por lo que merece la calificación de contra la masa, también por el principio de “equivalencia de resultados” STS de 25 de Febrero de 2008 (R/J 2008,1094) en un contrato como el de permuta, que puede ser tan variado como distintos los intereses de los contratantes, y que la concursada, adquirente ya del solar, verá incrementada su masa activa con los pisos, trasteros y aparcamientos construidos aproximadamente en un 70% para venta a terceros. Y otorgada la licencia de obras a 8 de junio de 2006, la concursada no entregó los inmuebles pactados a los aportantes del solar en los plazos previstos (8-06-08 y 8-6-10 1ª y 2ª fase) y declarado el concurso el 10 de julio de 2008, sigue sin cumplir las obligaciones principales de finalización y entrega de la posesión. La conclusión clasificatoria del crédito, en este supuesto contra la masa, podría ser distinta según los casos, incluso cabría la resolución contractual, de no haberse iniciado la construcción o apenas iniciada, con o sin elementos comunes en su porcentaje mínimo, a diferencia del presente caso en que se ha construido un 70%, y las unidades objeto de permuta no han sido hipotecadas.* ”

además la peculiaridad de que parte de los inmuebles comprometidos se encuentran prácticamente edificados, pues la obra está construida en más del 70%, sin embargo no se ha producido la entrega a los cedentes.

A través de esta demanda incidental, los demandantes pretenden conseguir la declaración de propiedad sobre las fincas edificadas, pero por aplicación del art. 61.1 de la LC. Teniendo en cuenta que la prestación principal a que se compromete el cesionario concursado, es la entrega de los inmuebles es claro que existe un incumplimiento por su parte, entendiendo en esta Sentencia la Audiencia, a diferencia de otras Sentencias, como la anteriormente expuesta, que el crédito de los cedentes es un crédito contra la masa, lo que va a influir sobre la prelación de pago del mismo.

El reconocimiento de este crédito como contra la masa, va a implicar que no está sometido al concurso y va a ser satisfecho al margen del mismo, como crédito prededucible, conforme al art. 154 de la LC, por tanto antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.

No estamos de acuerdo con esta Sentencia, porque conforme a la LC, el crédito del cedente es un crédito ordinario, porque en definitiva nos encontramos ante un supuesto de contrato de tracto único en el que el cesionario no ha cumplido su prestación a diferencia del cedente.

### **5.5 La resolución contractual por el cedente por incumplimiento del cesionario cuando existe cláusula resolutoria expresa inscrita en el Registro de la Propiedad.**

En los supuestos en que las partes han pactado en el contrato una condición resolutoria expresa o pacto comisorio, conviene analizar, en primer lugar, si es aplicable lo establecido en el art. 56 LC, a contratos como el de cesión de solar por obra futura, pues éste se refiere expresamente a la compraventa de bienes inmuebles con pago aplazado con condición resolutoria; cómo influye esta circunstancia en el tratamiento del contrato dentro de un proceso concursal, y si la existencia del pacto comisorio, implica una mayor protección de la posición del cedente, y, sobre todo si es posible, si se entiende que es aplicable el art. 56 LC al contrato de cesión de solar, instar la resolución del contrato, pese a lo establecido en el art. 61.1. LC. La LC, ha asimilado, en

el art. 56.1, las acciones resolutorias de venta de inmuebles por falta de pago, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad conforme al art. 11 de la L.H en su ejercicio, a las acciones ejecutivas derivadas de las garantías reales. Pero, dentro de este grupo, debe únicamente considerarse a las condiciones resolutorias expresas e inscritas en el Registro de la Propiedad.<sup>658</sup>

El problema que se plantea, es determinar si es aplicable el art. 56 de la LC en las relaciones jurídicas en las que una de las partes ha cumplido con anterioridad su prestación, pues el art. 61.1 impide la resolución, y solamente reconoce que el cedente tiene un crédito concursal. En relación con este aspecto, tampoco la doctrina tiene una opinión uniforme, pues hay autores que consideran que, si una de las partes ha cumplido con su obligación, no puede ejercitarse la facultad establecida en el art. 56 LC.<sup>659</sup> Sin embargo, otros autores consideran que es posible instar la resolución conforme al art. 56 LC, a pesar de lo establecido en el art. 61.1 LC, pues, en caso contrario, se dejaría vacío de contenido el juego de la cláusula resolutoria inscrita.<sup>660</sup> La SAP de Castellón de 12 de noviembre de 2012,<sup>661</sup> en un supuesto de cesión de solar por obra futura, considera que aunque la LC sólo contempla la compraventa con precio aplazado de bienes

---

<sup>658</sup> CARRASCO PERERA, Ángel. *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. Editorial Thomson Civitas. 2ª edición. 2008. pg. 215.

<sup>659</sup> CARRASCO PERERA, Ángel. *Los derechos de garantía en la Ley Concursal op. cit.* pg. 218.

<sup>660</sup> VARIOS AUTORES. “Aspectos Civiles de Derecho Concursal.” XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Dcho. Civil. *Edit.um* (Ediciones de la Universidad de Murcia). 2009. 1ª edición. pgs. 218-222. En relación a esta cuestión estos autores argumentan: “No se podría dudar de la especificidad de las acciones relativas a las garantías reales frente a las acciones relativas a la resolución de los contratos. Es decir, pensamos que la resolución por incumplimiento, al menos cuando esté adornada de una eficacia real como sucede en la reserva de dominio y en las condiciones resolutorias, se extrae por la Ley del régimen normal de la resolución y merece un tratamiento especial en el que la resolución queda limitada en muy diversos casos durante un año desde la declaración de concurso o sin necesidad de agotar este plazo hasta que se aprueba el convenio. En este sentido la aplicación al contrato de compraventa con precio aplazado de las reglas 61 y 62 LC, deben hacerse en coordinación con el art. 56 de la misma. Por eso, resultaría excluido de los contratos en que juegue una garantía en sentido propio (reserva de dominio o cláusula resolutoria) puedan ser calificados como aquellos a los que se refiere el párrafo 1º del art. 61 LC. Si de ello se pretende deducir que va a resultar impedida la resolución por incumplimiento. La razón nos parece clara; si la resolución de una compraventa no fuera posible en el concurso en virtud de la aplicación de este precepto y esto sucede de forma general y sin sujeción a requisito alguno subjetivo ni objetivo, será incoherente e inútil que el art. 56 se declare a establecer unos rígidos requisitos para poder lograr la paralización de unas acciones que en hipótesis no existirían. En cambio, si el art. 56 LC establece los límites para el ejercicio de la resolución en los casos en que venga acompañada de una garantía real debe ser considerada que dicha resolución es generalmente posible, sin límites de ninguna clase. Aquí la Ley nos estaría brindando un apoyo sistemático que facilite la interpretación de los arts. 61 y 62 LC en el caso de la compraventa... Vendría pues a establecer la norma un criterio especial para el caso de que existiera una garantía real que facilita la interpretación relativa a la resolución de contratos.”

<sup>661</sup> SAP de Castellón (Sección 3ª) de 12 de noviembre de 2012. Sentencia 531/2012. Recurso de Apelación 315/2012. ( VLEX-425467986). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Adela Bardón Martínez.

inmuebles con condición resolutoria en caso de impago, considera aplicable este precepto en virtud del art. 1541 CC, al supuesto de cesión de solar con cláusula resolutoria inscrita.

En estos supuestos pueden distinguirse varias situaciones:

1. Que el incumplimiento del cesionario fuera anterior al inicio del procedimiento concursal, y el cedente, anterior propietario del solar, hubiera iniciado el requerimiento notarial al iniciarse el concurso.<sup>662</sup>

Conforme al art. 55 de la LC, una vez declarado el concurso, no podrán pedirse ejecuciones y habrán de dejarse en suspenso en el trámite en que se halle la resolución, hasta aprobarse el convenio o abrirse la liquidación. Así lo establecen los arts. 55 y 56 de la LC<sup>663</sup> Esto mismo se deduce de la SAP de la Rioja de 24 de octubre de 2008,<sup>664</sup> que, en un supuesto en el que los cedentes pretenden ejercitar la condición resolutoria expresa inscrita, con el fin de recuperar la propiedad del solar, la Audiencia desestima el recurso por entender que no puede hacerse efectiva la condición hasta la aprobación del convenio, cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso, aplicando, pues, el art. 55 de la LC.

Además, en estos supuestos, habrá de tenerse en cuenta si el inmueble objeto de la condición resolutoria expresa se encuentra afecto o no a la actividad empresarial,

---

<sup>662</sup> CARRASCO PERERA, Ángel. *Los derechos de garantía... op. cit.* pg. 112. Este autor considera que: *“En los procedimientos de ejecución extrajudicial, la realización de los bienes ha de entenderse ya iniciada, cuando el acreedor inicie el procedimiento notarial o mediante requerimiento dirigido al fedatario o agente ejecutor para que proceda a la venta de los bienes sin necesidad de esperar a que el fedatario público o ejecutor requiera a su vez de pago al deudor.”*

<sup>663</sup> CURIEL LORENTE, Fernando. *Concurso de Acreedores y Registro de la Propiedad.* pgs. 124 y 125 Cuadernos de Derecho Registral. 2004.

<sup>664</sup> SAP de la Rioja de 24 de octubre de 2008, Sección 1ª, Sentencia 296/2008 de 24 de Octubre, Recurso 263/2008, (RJ 2009,121812), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Miguel Rodríguez Fernández. En su Fundamento de Derecho 3º dice: *“Se ha de resaltar que los demandantes pretenden, en este caso la recuperación del bien vendido o permutado a partir de la realización forzosa de una garantía real, cual es la condición resolutoria inscrita, afectando a un bien como lo es el solar en el que se ha de llevar a cabo la edificación, que es singularmente afecto a la actividad empresarial de la constructora concursada casi el único valor de ésta; debiendo destacarse que el precepto citado no se refiere expresamente a la ejecución del bien, -que también podía ser el caso- sino a la ejecución o realización forzosa de la garantía, que no puede hacerse efectiva hasta la aprobación del convenio cuyo contenido afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de liquidación.”* Esta sentencia ha sido posteriormente confirmada por ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Auto de 12 de julio de 2011, Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2011,5116)



pues, en ese caso, no sería posible la continuación o el inicio de la ejecución separada transcurridos los plazos del art. 55 y 56 de la LC, es decir, va a determinar la paralización o suspensión de la ejecución. La declaración de si el bien está o no afecto a la actividad empresarial de la concursada, es una cuestión que debe decidir el Juez del concurso conforme al art. 56.5 de la LC <sup>665</sup>. La LC no indica qué se entiende por bienes afectos a la actividad del concursado, aunque la doctrina entiende que son los necesarios para el desarrollo de dicha actividad.<sup>666</sup> Por su parte la RDGRN de 6 de junio de 2009 <sup>667</sup> vuelve a incidir en que la cuestión de si se trata o no de bienes afectos a la actividad profesional del concursado es una apreciación judicial a la que no se extiende la calificación registral. En el contrato de cesión de solar por obra futura, lo habitual, en nuestra opinión es que los solares transmitidos por el cedente están afectos a la actividad empresarial del concursado, pues generalmente el cesionario es una empresa promotora o constructora.

Únicamente podría considerarse que el solar no se encuentra afecto a la actividad empresarial, en aquellos supuestos en que las partes del contrato fueran particulares, o bien que, en caso de profesionales, la construcción o promoción no constituyera la actividad principal de la cesionaria y, por lo tanto, el solar no fuera imprescindible para el desarrollo de su actividad. Pero estos casos no suelen ser los habituales. En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 16 de junio de 2010,<sup>668</sup> en un supuesto de ejecución de garantías reales, en las que la entidad concursada tiene como actividad principal la de promoción

---

<sup>665</sup>Este punto se modificó por la Ley 38/2011 de 10 de Octubre que reformaba la Ley 22/2003 de 9 de Julio de Concurso de Acreedores, aunque con anterioridad la Jurisprudencia venía declarando la competencia del juez del concurso en estos casos.

<sup>666</sup> CURIEL LORENTE, Fernando. *Concurso de acreedores...op. cit.* pg. 115. En este mismo sentido se pronuncia CARRASCO PERERA, Ángel. *Los derechos de garantía...op. cit.* pg. 101. “No basta que un bien sea afecto para que resulte necesario. Pueden existir bienes afectos a la actividad profesional o empresarial de los que, sin embargo pueda prescindirse por el deudor de cara a la continuación de su actividad. No basta que su conservación sea conveniente, siendo precisa que resulte necesaria, lo que remite a ejercicios de ponderación que tendrán que ser resueltos en cada caso. Desde luego, en nada afectará la ejecución separada que el bien sea necesario para la continuidad si el deudor ha solicitado directamente la liquidación, en cuyo caso no tiene sentido la suspensión de la ejecución.”

<sup>667</sup>RDGRN de 6 de junio de 2009, (BOE de 20.07. de 2009.)

<sup>668</sup> AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), Auto núm. 105/2010 de 16 de junio. (RJ 2011,8615), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio Fernando Suárez Díaz, que en su Fundamento de Tercero expone: “En todo caso este tribunal no participa de la tesis que la entidad apelante sostiene en el recurso, pues si la entidad concursada tiene como actividad principal la promoción inmobiliaria, y los bienes hipotecados son unas viviendas destinadas a la venta de terceros, estos bienes, obviamente entran dentro del círculo de actividades de la empresa y notoriamente están vinculadas a su actividad.” En este mismo sentido se pronuncia el AAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 28 de febrero de 2011, Auto 34/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló (RJ 2011,1882).

inmobiliaria, siendo los bienes sobre los que existe garantía real viviendas destinadas a la venta a terceros, por ello la Audiencia declara que estos bienes entran dentro del círculo de actividades de la empresa, y notoriamente, están vinculadas a su actividad. Por tanto, en el contrato que nos ocupa, la existencia de cláusula resolutoria expresa, como garantía real de uso habitual en este contrato, implica, en principio, una mayor protección del cedente desde el punto de vista de la recuperación de la propiedad del solar, que es lo que desean los antiguos propietarios, en relación a los contratos en los que no se haya pactado cláusula resolutoria expresa.

En el supuesto de que la empresa promotora concursada, solamente cuente con el solar objeto de contrato, es decir, no tuviera más bienes, no significa que deba considerarse el mismo como necesario a los efectos del art. 55 de la LC, cuando hubiera cesado en su actividad. Así, el Auto del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de 24 de mayo de 2006,<sup>669</sup> entiende que si la empresa concursada no desarrolla actividad alguna, no puede considerarse necesario un bien afecto.

Por el contrario, la SAP de la Rioja de 24 de octubre de 2008, analiza un supuesto de permuta de solar por obra futura, en el que existe una condición resolutoria expresa como garantía del cumplimiento del cesionario. La Audiencia desestima que el cedente del solar pudiera instar la realización forzosa de la condición resolutoria, hasta transcurridos los plazos establecidos en el art. 56 LC, pues considera que el solar en cuestión es un bien afecto a la actividad empresarial de la empresa concursada y además que constituye casi el único valor de la misma. En este caso, existe un supuesto de necesidad para la continuación de la actividad empresarial, salvo que la empresa hubiera cesado en la misma. En esta última circunstancia sí podría ejecutarse la condición resolutoria expresa.

## 2. Que los trámites de resolución ya hubieran finalizado

Se puede reinscribir el inmueble a nombre del cedente en el Registro de la Propiedad, si el cedente hubiera requerido al cesionario y hubiera depositado el dinero recibido, quedando solamente pendiente la reinscripción del solar a nombre de aquel.

---

<sup>669</sup> AJMER Barcelona, 2, de 24 de mayo de 2006, (RJ 2006,1217). En este mismo se pronuncia AJMER 1 de Bilbao de 22 de marzo de 2005 (RJ 2005,247) y AJMER de Alicante 1 de 23 de febrero de 2006 (RJ 2006,372)

Así lo entiende la RDGR de 3 de junio de 2009<sup>670</sup>, en un supuesto en el que el Registro de la Propiedad número 6 de Madrid, deniega la inscripción a favor del comprador de una escritura de compraventa de un piso y una plaza de garaje que había adquirido a una sociedad declarada en concurso de acreedores, porque que no existía autorización previa para la inscripción por parte de Juez del concurso y del administrador concursal ni tan siquiera la orden del Juez del concurso para cancelar los asientos a que se refiere tal concurso. Ante esta calificación, la parte compradora, interpuso recurso, alegando que la situación concursal que afecta a la sociedad vendedora no cierra el Registro a los actos dispositivos del concursado anteriores a dicha reclamación judicial, siendo así que la escritura pública cuya inscripción se denegaba era de fecha anterior. Además, alega que los bienes transmitidos habían salido en la fecha del otorgamiento de la escritura de compraventa del patrimonio de la sociedad vendedora, luego declarada en concurso por conjunción de título y el modo del art. 609 del CC, de tal forma que, al no formar parte de la masa concursal, no procedía extender a ellos las medidas sobre la administración del concurso. La DGRN acogió estas alegaciones, estimando el recurso en cuanto a este motivo.

### 3. Que no se hubiera iniciado la resolución antes del concurso

En este caso en virtud del art. 56 LC no podrá iniciarse resolución hasta que no se apruebe el convenio o en su defecto haya transcurrido un año desde la declaración del concurso sin que se haya aprobado convenio alguno. En este sentido se

---

<sup>670</sup> RDGRN de 3 de junio de 2009 (BOE de 27-06-2009), que en su Fundamento de Derecho 2ª expone: *“En efecto, la referida anotación preventiva relativa al concurso implica únicamente que no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley (art. 24.4 de la Ley Concursal). Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración del concurso, realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales. Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso-cfr. artículo 76 de la Ley Concursal-, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (art. 71 de la Ley Concursal). En todo caso, por aplicación de lo establecido en el art. 17 de la Ley Hipotecaria, la previa anotación de los referidos actos traslativos se practicará con absoluta supeditación al procedimiento concursal al que refiere la previa anotación preventiva, de modo que será el titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quién corresponderá la carga de la defensa de su dominio, para evitar que el ulterior desenvolvimiento del procedimiento de ejecución provisional provoque la cancelación de aquella inscripción posterior.”*

pronuncia el AAP de las Islas Baleares de 28 de febrero de 2011.<sup>671</sup> Además en estos casos, el ejercicio de la acción resolutoria, con posterioridad a la declaración del concurso, sólo puede realizarse ante el Juez del concurso, de tal forma que no es posible la resolución por vía notarial en ejercicio del art. 1504 del CC y 59 del RH, por lo cual sólo queda el ejercicio judicial de la acción de resolución.<sup>672</sup>

En este supuesto, también existe controversia en la doctrina, en relación con la posibilidad de ejercitar la condición resolutoria en este momento, si con anterioridad al concurso no se realizó de ninguna manera, ni siquiera mediante requerimiento resolutorio extrajudicial. Los que niegan tal posibilidad entienden que la resolución no puede ejecutarse una vez declarado el concurso, ni tan siquiera en los plazos y formas del art. 56. pues sería una resolución por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso, que contraviene lo establecido en el art. 62.1 de la LC.<sup>673</sup>

#### **5.5.1 La calificación del crédito del cedente del solar cuando el contrato contiene una cláusula resolutoria expresa.**

Si el cedente del solar, ha optado, o no ha tenido otra posibilidad que insinuar su crédito en el concurso, el futuro de recuperar el valor del bien va a depender en gran medida de la calificación de su crédito dentro del concurso, pues la LC distingue varios tipos de créditos.<sup>674</sup> La calificación del crédito va a condicionar que el cesionario pueda recuperar el bien, o la totalidad de su deuda o sólo de parte.

---

<sup>671</sup> AAP de Islas Baleares (Sección 5ª), Auto 34/2011 de 28 de febrero (RJ 2011,1882), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló, que en su Fundamento de Derecho 4º establece: “La ejecución de este tipo de garantías no podrá iniciarse hasta que se apruebe un convenio que no les afecte o en su defecto hasta que haya transcurrido un año desde la declaración del concurso sin que se haya aprobado convenio alguno. Es el caso de autos. Pues bien, a la luz de las precedentes consideraciones es evidente que la ejecutante no debió iniciar las actuaciones interponiendo demanda ejecutiva y debió desistir de la misma por no admitida por cuanto el concurso voluntario de los codemandados había sido declarado a 1 de junio de 2009, por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de esta Capital en el Concurso Abreviado 292/2009 y ya concurrían los requisitos limitadores del art. 56 de la LC.”

<sup>672</sup> CURIEL LORENTE, Fernando. *op. cit.* pg. 123

<sup>673</sup> CARRASCO PERERA, Ángel. *Los derechos de garantía...op cit.* pg. 219.

<sup>674</sup> La LC distingue entre créditos ordinarios y créditos privilegiados y créditos subordinados dentro de los créditos privilegiados, los hay con privilegio general (art. 91 LC) y los hay con privilegio especial (art. 90 LC) Tienen privilegio especial, los créditos asegurados con garantía real (hipoteca, prenda, anticresis), los refaccionarios, los garantizados con valores representados mediante anotaciones en cuanta, y las acciones de trascendencia real (arrendamiento financiero, reserva de dominio, prohibición de disponer, condición resolutoria en garantía del pago del precio aplazado). El privilegio general permite en la liquidación una preferencia de cobro sobre los créditos ordinarios y subordinados respecto de los bienes no afectos a privilegio especial, y del remanente de estos últimos después de ser satisfecho el crédito especialmente privilegiado, hecha la deducción necesaria para satisfacer los créditos contra la masa (art.

El cedente que tiene en su contrato una condición resolutoria expresa inscrita en el Registro de la Propiedad, tendrá un crédito con privilegio especial, conforme al art. 90.1.4º LC, lo que le va a permitir que su crédito sea pagado con la ejecución del bien afecto a la garantía, conforme al art. 157.2. Pero no todos los créditos con condición resolutoria expresa, serán calificados como con privilegio especial, pues la LC exige que la garantía esté constituida con los requisitos y formalidades previstos en la legislación específica para su oponibilidad a terceros, por tanto, la condición resolutoria expresa tendrá que estar inscrita además en el Registro de la Propiedad.

En nuestra opinión esto es así porque para que la condición resolutoria expresa tenga efectos *erga omnes* ha de estar inscrita en el Registro de la Propiedad. Si la falta la inscripción no tiene carácter real sino meramente obligacional, el crédito no está garantizado y no puede ser opuesta a terceros por lo que sería un crédito concursal ordinario.

La STS de 24 de febrero de 2015,<sup>675</sup> reconoce la calificación como crédito privilegiado el de los cedentes que habían garantizado el cumplimiento de la prestación

---

156 LC). El privilegio especial otorga preferencia de cobro sobre cualquier otro crédito respecto de lo obtenido con la enajenación de los bienes a ellos afectos (art. 155 LC). También estos créditos disfrutaban en determinadas condiciones de la posibilidad de ejecución especial del bien garantizado. Por su parte los créditos subordinados, no se hacen efectivos sino después de ser satisfechos todos los demás y no gozan de ejecución separada (art. 158 LC)

<sup>675</sup> STS de 24 de febrero de 2015. Sentencia 66/2015. Recurso de Casación 1006/2013. (RJ 2015,561). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol. En su Fundamento de Derecho tercero dice: “El motivo debe estimarse por las razones que exponemos a continuación.

El art. 90.1.4º LC establece que son créditos con privilegio especial los que resulten del precio de la cosa vendida con condición resolutoria, que los esquipara, a estos efectos, a las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer. Para que pueda gozar de este privilegio especial es necesario que figuren las garantías con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, conforme prevé el art. 90.2 de la LC.

Es evidente que, en el presente supuesto, el crédito que ostentan los recurrentes resulta de una escritura pública otorgada por los mismos con Pavimentos Moraga, S.C.L el 18 de enero de 2006, ante el Notario don Miguel Ángel Vicente Martínez, núm. 148 de su protocolo, calificada de permuta de finca urbana por obra nueva, en la que aparecen las estipulaciones sexta y séptima que se han dejado reproducidas en el fundamento de derecho primero de la presente resolución, que incluyen la controvertida condición resolutoria. Condición debidamente inscrita, respecto de la que la hoy concursada pretendió la rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad para su cancelación. Solicitud que le fue denegada por el Registrador encargado del registro público, y frente a cuya denegación, la parte recurrida interpuso recurso gubernativo ante la DGRN, que resolvió desfavorablemente para quien impugnaba la calificación, señalando que la existencia de la condición resolutoria no era un error, y que para su modificación o rectificación o anulación, sólo podría realizarse mediante el consentimiento del o de todos sus titulares registrales o bien mediante una resolución judicial recaída en juicio declarativo.

del cesionario con una condición resolutoria expresa inscrita en el Registro Mercantil. Esta Sentencia, analiza un supuesto, en el que las partes, habían garantizado la prestación del cesionario, tanto con la condición resolutoria expresa inscrita en el Registro como con una garantía de carácter personal, consistente en un aval bancario. El cesionario demandado, la entidad financiera avalista y el administrador concursal, entendían que el acreedor, en este caso, el cedente, no podía en virtud del art. 1153 del CC, exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, por lo que consideraban que los cedentes debían renunciar al aval o al mantenimiento de la condición resolutoria. Además, la administración concursal, consideraba que la condición resolutoria expresa se había inscrito en virtud de una mala interpretación del Registrador de la Propiedad, pues el valor de la obra estaba garantizado bancariamente, por lo que no cabe apreciar la existencia de otra garantía. La parte actora, no podía pretender el pago de todas las cantidades previstas en el contrato, es decir, la cantidad en la que se valoró la obra futura y además recuperar la finca. En definitiva, la administración concursal entendía que no se podía simultáneamente el cumplimiento del contrato, mediante el abono del valor de la obra futura que se debía haber entregado y la resolución del contrato, con restitución de la finca. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda. Los cedentes presentaron recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia, que fue también desestimado.

Posteriormente interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo estima en parte. Establece que la condición resolutoria expresa se encontraba debidamente inscrita y vigente al tiempo de elaborarse la lista de acreedores, y reunía todas las condiciones que establece el art. 90.1.4º y 2 de la LC, por lo que debe ser clasificado como crédito privilegiado especial.

En relación a la existencia de una doble garantía, el aval y la condición resolutoria expresa, entiende que estas garantías son compatibles, pues las partes habían pactado, conforme al art. 1124 del CC, la posibilidad de optar entre la entrega de la obra futura o la ejecución del aval. Añadía además, que si se ejecutaba la garantía real, el

---

*En el presente caso, la condición resolutoria resultaba debidamente inscrita y vigente al tiempo de elaborarse la lista de acreedores. No fue impugnada, según prescribe el art. 86.2 LC, como hemos apuntado. Por consiguiente, dentro de este preciso y concreto trámite del incidente que impugna la parte actora, debe darse la razón al recurrente por concurrir, en el crédito cuya clasificación impugna, todas las condiciones y todos los requisitos que señala el art. 90.1.4º y 2 LC para ser clasificado como crédito con privilegio especial.”*

aval quedaría sin efecto, y, si optaba por ejecutar este último, la garantía real quedaría sin efecto.

También la SAP de Castellón de 12 de noviembre de 2012,<sup>676</sup> reconoce la cualidad de crédito privilegiado al cedente cuando existe una condición resolutoria expresa e inscrita en el Registro de la Propiedad. En este supuesto, la cedente, planteó una demanda de incidente concursal, en el procedimiento de concurso necesario de la mercantil cesionaria, impugnando la lista de acreedores con la pretensión de modificar la calificación del crédito de la cedente por importe de 100.000 €, que había sido calificado como crédito ordinario. El juzgado de lo Mercantil, rechazó la petición y desestimó la demanda porque entendió que se trataba de un supuesto no recogido en la enumeración de los créditos privilegiados especiales que prevé la normativa concursal en el art. 90. La parte cedente, interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la AP de Castellón, entendiendo que era aplicable dicho art.90 por estar asimilado en virtud del art. 1541 CC, al supuesto de compraventa con pago aplazado y garantizada con condición resolutoria expresa inscrita en el Registro de la Propiedad. También se pronuncia en este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de la Coruña número 88 de fecha 11 de Marzo de 2011.<sup>677</sup>

---

<sup>676</sup> SAP de Castellón (Sección 3ª), de 12 de noviembre de 2012. Sentencia 531/2012. Recurso de Apelación 315/2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Adela Bardón Martínez, que en el Fallo de la Sentencia establece: *“Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Doña Nuria, contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez sustituta del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en fecha 3 de mayo de 2010, en autos de Incidente Concursal seguidos con el número 733/2009, REVOCAMOS la resolución recurrida en sentido de estimar la demanda presentada por Dª Nuria, de forma que el crédito reconocido a la misma por importe de 100.000€, de principal debe ser calificado como crédito con privilegio especial al amparo del art. 90-1-4º y 2 de la Ley Concursal, privilegio que se ostenta sobre la finca NUM000 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Villarreal, titularidad de la concursada ya que sobre el referido inmueble, y por procedencia de la finca registral NUM001, consta inscrita la condición resolutoria en garantía del crédito de la demandante.”*

<sup>677</sup> SJMER núm. 88 de La Coruña de 11 de marzo de 2011. Recurso 408/2008. (RJ SJM 2011,18). Que expresamente dice: *“La oposición de los permutantes suscita una cuestión de especial interés en los concursos de las entidades promotoras que, como no es infrecuente, adquieren suelo para sus promociones mediante contratos de permuta de solar a cambio de unidades constructivas, viviendas o locales, en la edificación futura. En la lógica económica de esta clase de contratos el promotor adquiere, con la escritura pública de permuta, la propiedad de las viviendas o locales mediante la que logra la plena disponibilidad del solar, ya sea para reconstruir en él o ya sea para aportarlo a una junta de compensación o aun proyecto de reparcelación, y contrae la obligación de entregar a los permutantes, a la finalización del plazo convenido o a la conclusión de la edificación proyectada, las viviendas o locales cuyas características principales han quedado previamente definidas. Supuesto que las obligaciones de los transmitentes del solar o de las viviendas o locales primitivos han quedado íntegramente cumplidas, con la entrega y transmisión de la propiedad, antes de la declaración del concurso de la promotora, la correlativa obligación de ésta derivada del contrato de permuta se integra en la masa pasiva del concurso conforme a lo establecido en el art. 61.1 de la Ley Concursal. El crédito del permutante es, por lo tanto, un crédito concursal, normalmente ordinario (esté o no garantizado con aval bancario u otra forma de fianza de tercero), y muy raramente privilegiado especial (en los casos de transmisión de la propiedad sometida a condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad, modalidad esta que*

Sin embargo, puede ocurrir que, encontrándonos ante condiciones resolutorias inscritas en el Registro de la Propiedad, el crédito del cedente no sea reconocido como privilegiado, como sucede, cuando el Juez aprecia mala fe por parte de los cedentes del solar. Así, sucede en la SAP de la Rioja de 20 de marzo de 2009<sup>678</sup>, en un supuesto en el que en el que, como consecuencia de un contrato de cesión de solar por obra futura en el que constaba una condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad. La condición resolutoria constaba inscrita sobre cada una de las 20 fincas que constituían la urbanización. La promotora, con anterioridad a la firma de la escritura de permuta del solar y a la inscripción de la condición resolutoria expresa (en virtud de la relación de amistad entre los cedentes y el representante de la promotora cesionaria) había iniciado la comercialización de las viviendas a edificar formalizando las operaciones de venta en contrato privado. El administrador concursal había calificado el crédito como ordinario en vez de crédito con privilegio especial.

Los cedentes formulan demanda incidental ante el Juzgado de lo Mercantil, alegando que, conforme al art. 86 de la LC, se deben incluir necesariamente los créditos recogidos en dicho artículo, entre los que se encontraban aquellos garantizados con cláusula resolutoria inscrita, sin entrar a valorar su existencia ni validez, por lo que resultaba forzoso su reconocimiento como privilegiado. El Juzgado y posteriormente la Audiencia, desestiman la demanda, por entender que la condición resolutoria, expresa e inscrita, se había realizado con mala fe por parte de los cedentes y era un claro fraude de ley, pues la finalidad de introducir esta cláusula fue salvaguardar su crédito frente a los compradores de las viviendas mediante documento privado, pues los cedentes tenían

---

*no suelen aceptar los promotores puesto que normalmente precisan acudir al crédito hipotecario para financiar la construcción”.*

<sup>678</sup>SAP de la Rioja, (Sección 1ª), de 20 de marzo de 2009, Sentencia 96/2009, Recurso 346/2008, (RJ 2009,763). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Luis Díaz Roldán que en su Fundamento de Derecho 3º expone: “ *De lo expuesto se deduce que la garantía real constituida sobre las parcelas permutadas consistentes en la condición resolutoria que nos ocupa, inscrita en el Registro de la Propiedad, es un acto de clara mala fe por parte de los recurrentes cuya finalidad era salvaguardar su crédito frente a los compradores mediante documento privado, pues dada la relación existente entre D. Carlos Manuel y la mercantil, se deduce que tenía conocimiento de las dificultades económicas existentes para acabar la construcción de las viviendas vendidas y es evidente que la inclusión de la resolución constituye un acto claro de fraude de Ley en perjuicio de los compradores de las viviendas unifamiliares mediante documento privado... Es evidente que dicha norma y la interpretación jurisprudencial de la misma, la consecuencia de la estipulación de la condición resolutoria establecida en el contrato de permuta no puede ser otra que la aplicación al crédito de los actores contra la mercantil Ansures inmoiliarios S.L, que se trataba de salvaguardar, su calificación como ordinario, como si dicha condición inscrita no hubiere existido tal como hace la sentencia de instancia, pero con distinta fundamentación.* ”



conocimiento de las dificultades económicas que tenía la empresa promotora para finalizar las viviendas.

La SAP de Castellón de 12 de Noviembre de 2012,<sup>679</sup> califica como privilegiado el crédito del cedente garantizado con condición resolutoria expresa inscrita en el Registro de la Propiedad.

### **5.5.2 Concurrencia de la hipoteca y la condición resolutoria explicita como créditos privilegiados.**

En el contrato de cesión de solar por obra futura, es habitual que la empresa promotora cesionaria del solar constituya hipoteca sobre la finca para financiar la construcción de la obra y, a su vez, el cedente consienta en la posposición de rango de la condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad. El problema surge en el proceso concursal, en lo referente tanto a la posible restitución del bien, como en la prelación de los créditos, ambos privilegiados. En este sentido el art. 155.3 II de la LC, regula la concurrencia de cobro de varios créditos con privilegio especial, que deberán satisfacerse conforme a la prioridad temporal recogida en la LH y en el RH. Por tanto, en el contrato de cesión de solar por obra futura que nos ocupa, y en aplicación del principio anterior, la hipoteca será cobrada con anterioridad a la condición resolutoria expresa.

En el caso de que se realice la hipoteca preferente a la condición resolutoria posteriormente inscrita, la adjudicación de la finca produce la cancelación de la condición resolutoria, por lo que el cedente tendrá que conformarse con cobrar como acreedor secundario sobre el remanente, teniendo incluso derecho al cobro aunque

---

<sup>679</sup> SAP de Castellón (Sección 3ª) de 12 de Noviembre de 2012. Sentencia 531/2012. Recurso de Apelación 315/2012. (VLEX-425467986). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Adela Bardón Martínez. Que en el Fallo de la Sentencia establece: “ *Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Doña Nuria, contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez sustituta del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en fecha 3 de mayo de 2010, en autos de Incidente Concursal seguidos con el número 733 de 2009, revocamos la resolución recurrida en el sentido de estimar la demanda presentada por Dª Nuria, de forma que el crédito reconocido a la misma por importe de 100.000 euros de principal debe ser calificado como crédito con privilegio especial al amparo del art. 90.1.4º y 2 de la Ley Concursal, privilegio que se ostenta sobre la finca NUM000 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Villarreal, titularidad de la concursada, ya que sobre el referido inmueble, y por procedencia de la finca registral NUM001, consta inscrita la condición resolutoria en garantía del crédito del demandante.* ”

hipotéticamente hubiera instado un proceso dirigido a la resolución y recuperación de la finca y no al cobro del crédito.<sup>680</sup>

Sin embargo, de la práctica Jurisprudencial parece que, en los supuestos en que el cedente pida la resolución conforme al art. 56 LC, puede resultar más beneficioso para el cedente el reconocimiento del crédito privilegiado que la ejecución de la condición resolutoria inscrita, tendente a la recuperación de la finca cuando ésta se encuentra gravada con una hipoteca anterior. Así sucede en la SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2010,<sup>681</sup> que confirma el SJMER número 2 de Barcelona,<sup>682</sup> en un supuesto en el que se inicia incidente concursal para la resolución del contrato por incumplimiento de la promotora HabitatgesSiurana Nord S.L, declarada en concurso, puesto que había incumplido el plazo para la entrega de las viviendas. La cedente instó la resolución del contrato solicitado la restitución de las prestaciones y la cancelación de las cargas, entre ellas la hipoteca constituida a favor de Caja Madrid.

En este caso, además, existía un pacto de posposición de la condición resolutoria no inscrito en el Registro de la Propiedad, por no contener los requisitos del art. 241 del RH. La cedente alegaba que debía recuperar el inmueble libre de cargas por no estar inscrita la posposición. Tanto el Juzgado como la Audiencia determinan la existencia de una cláusula a favor de 3º conforme al art. 1257. 2 CC, por lo que reconoce la prioridad

---

<sup>680</sup> CARRASCO PERERA, Ángel. *Los derechos de garantía...op. cit.* pg. 341.

<sup>681</sup> SAP de Barcelona, (Sección 15) de 5 de octubre de 2010, Sentencia 302/2010, Recurso 271/10. (TOL2091801). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo,

<sup>682</sup> SJMER núm. 2 de Barcelona, de fecha 15 de diciembre de 2009, Incidente Concursal 408/2009, (2009,63) Ilmo. Sr. Juez D. José María Ribelles Arellano, que en su Fundamento de Derecho quinto expone: *“Llegado este punto y dado que no es posible acoger íntegramente la pretensión de la parte actora-la resolución del contrato de permuta con la cancelación de la hipoteca-, debe analizarse a continuación si lo que procede es la resolución con subsistencia del gravamen o por razones de congruencia solo es posible la íntegra desestimación de la demanda. Y, al entender de este tribunal, en el primer caso se estaría infringiendo el principio de congruencia y, en consecuencia, el art. 218 de la LEC. En una primera aproximación, dado que, en tal caso, se estimaría parcialmente la demanda habría cierta correlación entre lo pedido y lo resuelto, cabría pensar que nos hallamos ante un supuesto de incongruencia infra petitum admisible en derecho, dado que el Tribunal Supremo viene entendiendo que cuando se otorga menos de lo pedido o cuando se rechaza completamente alguna de las pretensiones no existe vicio de incongruencia (sentencia de 11 de Marzo de 1985). Ello se advierte sin dificultad en las pretensiones de condena al pago de una cantidad cierta de dinero. Sin embargo de dar lugar a la resolución con subsistencia de la hipoteca en realidad se estaría concediendo una cosa distinta que seguramente agravaría la posición jurídica y patrimonial de la demandante; ésta debería restituir los 90.000 euros percibidos en metálico y recuperaría un inmueble gravado que previsiblemente no cubriera la totalidad de la responsabilidad hipotecaria. Nos hallaríamos, por tanto, en el terreno de la incongruencia “extrapetitum”, que alude tanto a la sentencia que concede lo no pedido como a la que concede o deniega por causas distintas a las alegadas. Por todo ello debe desestimarse íntegramente la demanda”.*

de rango de la hipoteca sobre la condición resolutoria. Sin embargo, y pese a haber solicitado la cedente la resolución del contrato, pretensión a la que no se había opuesto Caja Madrid, el Tribunal entiende que, si se estimara esta petición, se estaría concediendo cosa distinta a lo pedido, que agravaría la posición de la cedente demandante pues además de tener que devolver 90000 euros que había recibido en metálico, recuperaría un inmueble gravado, por ello, sería una incongruencia *extra petitum*, por lo que deberá cobrar el crédito privilegiado.

En nuestra opinión, habrá que estar a cada supuesto concreto para ver qué interesa más al derecho del cedente, si la recuperación del bien o el reconocimiento como crédito privilegiado. En los casos en que no exista hipoteca con prelación de rango, será más interesante la acción de resolución para recuperar el solar, pues el “ejercicio” de la condición resolutoria implicará la cancelación de cargas posteriores. En caso de existencia de hipoteca, como en el supuesto contemplado anteriormente, probablemente sea más razonable el reconocimiento del crédito como privilegiado, sobre todo si el acreedor con hipoteca con prelación de rango realiza la hipoteca preferente a la condición, la adjudicación de la finca produciría la cancelación de la condición resolutoria inscrita en el contexto habitual en este tipo de contratos. En este caso, el titular de la condición cobrará como acreedor secundario, si queda sobrante de la ejecución. No obstante esta solución será más satisfactoria que perder la garantía.

Como corolario a lo anteriormente expuesto, puede concluirse lo siguiente:

1. El supuesto más habitual de concurso de acreedores en el contrato de cesión de solar por obra futura, es aquel en el que el cedente transmite la propiedad del inmueble a edificar al cesionario, cumpliendo su prestación, mientras que el cesionario tiene pendiente de cumplimiento su prestación de entrega de inmuebles, por lo que habitualmente, en este tipo de contrato, nos encontraremos ante un supuesto regulado en el art. 61.1 LC.
2. En virtud, de lo establecido en dicho artículo, el cedente no puede solicitar la resolución conforme al art. 1124 del CC, ya que el contrato continúa vigente, pese a la declaración en concurso del cesionario, por lo que la restitución del solar en este caso no resulta posible.

3. En estos casos, el cedente va a tener un crédito contra la masa del concurso, por lo que estará sometido a la ley del dividendo. (Salvo, por ejemplo, en la SAP de Baleares de 30 de marzo de 2009), donde debido al supuesto de hecho concreto, se considera que el crédito de los cedentes es un crédito contra la masa y por tanto va a ser prededucible y va a ser preferente en el pago de los créditos concursales de los demás supuestos examinados). El valor del crédito del cedente vendrá determinado por el valor que las partes hayan dado al inmueble cedido en la escritura de permuta, y no al valor de mercado ya que a pesar de su conversión dineraria para su introducción en la lista de acreedores y en la conformación de la masa pasiva, la prestación sigue siendo de dar o entregar las viviendas que resulten de la construcción.
4. A pesar de la controversia existente en cuanto a la aplicación del art. 56 de la LC, que permite la ejecución de garantías reales, entre las que se encuentran por asimilación las condiciones resolutorias expresas, a los contratos en los que una de las partes ya ha cumplido con su prestación, como es el caso que nos ocupa, consideramos que cuando existe pactada una condición resolutoria expresa e inscrita en el Registro de la Propiedad, el cedente puede instar la resolución del contrato ante el Juez del Concurso, mediante demanda incidental de resolución contractual, por entender que el art. 56 LC es una norma especial en relación a la regulación general establecida en los arts. 61.1 de la LC, pues, de otro modo, no tendría sentido el contenido del art. 56 LC. En los casos en que exista una condición resolutoria expresa, habrá que tener en cuenta que si se ha producido la resolución extrajudicial por el requerimiento del art. 1504 CC, a falta de la reinscripción en el Registro de la Propiedad del solar a nombre del cedente, en estos casos, puede producirse esta reinscripción al no formar parte de la masa del concurso el bien que se pretende reinscribir pues ya se había producido la resolución.

En el supuesto de que la resolución no se haya iniciado o esté en curso, se podrá paralizar la misma por el Juez del concurso, si considera que los bienes sobre los que versa la resolución están afectos a la actividad empresarial y son necesarios para el desarrollo de la misma.

5. En el contrato de cesión de solar por obra futura, la cláusula resolutoria expresa, no siempre va a ser totalmente eficaz, pues habitualmente habrá una hipoteca con prelación de rango registral, esto va a dificultar la recuperación de la finca por el cedente, y en muchos casos lo va a hacer imposible, como cuando el acreedor hipotecario realice la hipoteca preferente, pues en este caso, la condición resolutoria inscrita posteriormente se cancelará, y el cedente perderá el inmueble. La opción que le queda es la de no resolver el contrato y que se le reconozca el crédito como privilegiado conforme al art. 90.1 LC, pudiendo cobrar sobre el remanente que quede tras la adjudicación del bien.
6. A modo de conclusión general, puede decirse que la posición del cedente con cláusula resolutoria expresa resulta más satisfactoria, que el cedente que no pactó ninguna condición resolutoria en caso de incumplimiento, pues en esta circunstancia no puede resolver el contrato y solamente tiene la opción de que su crédito sea calificado como crédito concursal integrándose en la masa pasiva del concurso. Por su parte, el cedente que pactó la cláusula resolutoria expresa podrá recuperar el bien, si no existe hipoteca con prelación de rango; en otro caso, quizás le compense más insinuar su crédito con privilegio especial. Pero en nuestra opinión ni en una posición ni en otra, considero que el interés del cedente esté protegido absolutamente.

## **CAPITULO VI**

### **LA LEY CATALANA 23/2001 DE 31 DE DICIEMBRE DE CESION DE FINCA O EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCION FUTURA.**

#### **1. INTRODUCCION**

La Ley Catalana de Cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura, se promulga al amparo del art. 9.2 del antiguo Estatuto de Autonomía de la Generalidad de Cataluña, que establece como competencia exclusiva de esta institución, la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán. Fue promulgada como Llei 23/2001 de 31 de diciembre. Consta de 9 artículos, relativos al concepto del contrato, a las modalidades del contrato, a la adquisición de la propiedad de los inmuebles por el cedente, al incumplimiento, a la resolución del contrato y a la oponibilidad del contrato frente a terceros.

El principio inspirador, de esta ley, según consta en su Exposición de Motivos, es la protección al cedente, es decir al propietario inicial del solar. En este sentido, sí es cierto que, en esta figura jurídica, se ha puesto de manifiesto la debilidad del cedente, que habitualmente queda en una situación de riesgo ante la transmisión del solar previamente a la entrega de los inmuebles futuros acordados.

La duda razonable es si este principio inspirador sólo se queda en buenos deseos de protección o, por el contrario, consigue desplegar una eficaz seguridad a esa parte contractual. Las cuestiones y problemas fundamentales, se plantean, en que la adquisición de la propiedad, la trascendencia registral y los efectos sobre terceros, son competencias del Derecho Civil español común ex art. 149.1.8 CE, y ello se deja traslucir en la propia regulación de la LCF, que tiene poco margen de maniobra al regular estos aspectos, pues no puede modificar el régimen de adquisición de la propiedad, ni el acceso y los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, aspectos capitales en nuestra opinión para la protección del cedente. No obstante, la doctrina catalana encabezada por BADOSA COLL, entendía que la promulgación de esta Ley, era una auténtica novedad en el ordenamiento jurídico catalán y aportaba

algunas soluciones originales y útiles.<sup>683</sup> Otro sector doctrinal <sup>684</sup>considera que el texto no aporta ninguna solución a la compleja problemática que plantea la figura, porque no agota todas las posibilidades. Estos adjetivos deben confirmarse tras un estudio comparativo de lo establecido en la LCF y su Jurisprudencia existente, que, aunque todavía escasa, va interpretando y conformando esta legislación, y lo establecido en el Derecho común para el contrato de cesión de solar por obra futura.

## **2. CONCEPTO Y ÁMBITO OBJETIVO DEL CONTRATO EN LA LEY DE CESION DE FINCA O EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCION FUTURA.**

La LCF, recoge en su art. 1 qué se entiende por contrato de cesión de finca por obra futura. En este sentido, se entiende tanto el intercambio de la totalidad del solar, o de una parte del mismo, así como la edificabilidad, a cambio de una construcción futura o resultante de rehabilitación. En este aspecto, la LCF no aporta novedad, porque recoge como supuestos que están dentro del contrato, aquellos que la Jurisprudencia ha venido considerando como tales. Pero, la LCF lo que hace es determinar por escrito, qué supuestos o situaciones se consideran como cesión de solar por obra futura. Esta determinación clarifica el concepto, ya que hasta ahora eran los Tribunales, los que, previa labor interpretativa, calificaban el contrato, pues las partes pueden utilizar otras formas contractuales como la compraventa o el arrendamiento de obra, para formalizar lo que en definitiva era un contrato de cesión. Por otro lado, tampoco hay que menospreciar que el contrato, recibe una denominación concreta, como es contrato de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura. Por tanto, ya no hablamos de permuta de cosa futura, aportación de finca, contrato atípico *do ut des*, como sucede en el Derecho común. Además, deja de ser un contrato atípico por falta de regulación, para pasar a ser un contrato expresamente regulado. Esto en nuestra opinión esta regulación permite establecer que es un contrato diferente a la permuta clásica, poniendo fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de ello. De esta manera se

---

<sup>683</sup> BADOSA COLL, Ferran y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. “La cessió de finca o d’edificabilitat a canvi de construcció futura: estudi preliminar. pg. 11. Projected’investigació DGES PB 98-1173, enmarcado en el III Pla de recerca de la Generalitat de Catalunya (2001 SGR 00022)

<sup>684</sup> HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel. “El negocio de aportación de solar a cambio de edificación a construir”. *En Manual de derecho de la construcción*. Manuales profesionales La Ley. Grupo Walters Kluwer. 1ª edición. marzo 2008. pg. 1259

fortalece el principio de seguridad jurídica que influye en la protección de todos los contratantes.

En cuanto a los supuestos que se contemplan como conformadores del contrato de cesión de finca, son tres:

- a) La entrega de la totalidad del solar por parte del cedente al cesionario,
- b) La transmisión de una parte del solar, quedándose el cedente con la propiedad del resto. Estos dos supuestos, van a determinar la adquisición del dominio de los inmuebles futuros por parte del cedente,
- c) La cesión de la edificabilidad, conservando el cedente la propiedad del suelo.

Con respecto a éste último supuesto, hay que establecer que entiende la Ley por edificabilidad, pues puede ser objeto de diversas interpretaciones. Término que, debe concretarse en el volumen de edificación permitido para una finca<sup>685</sup> o, como se refiere la RDGRN de 30 de mayo de 2009, como aprovechamiento urbanístico materializable.<sup>686</sup> La cuestión que se plantea en nuestra opinión respecto a la edificabilidad es si en la cesión de ésta pueden contemplarse el derecho de vuelo y el derecho de superficie, que a diferencia del derecho común figuran regulados en el CCcat, como derechos reales.<sup>687</sup>

---

<sup>685</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana” *RCDI*, núm. 672, julio-agosto 2002, pg. 2/44. Este autor, lo denomina “*propiedad cúbica o cubismo inmobiliario, refiriéndose al objetivo establecido por un sector civilista, que consiste en rebajar el presupuesto material que se ha exigido tradicionalmente en el área inmobiliaria, para que a ciertos derechos subjetivos se les reconozca, a diferencia de los clasificados como derechos personales o de crédito u obligación, la calidad de reales y publicables, para su oponibilidad a terceros; liberando a su referente objetivo: el predio o finca, de su limitada concepción planimétrica y bidimensional, para hacer posible su fraccionabilidad volumétrica en sentido vertical positivo o negativo (vuelo y subsuelo) a efectos de negocios y relaciones jurídicas, con independencia de los que se entablen sobre el plano facial de su suelo.*”

<sup>686</sup> RDGRN de 30 de mayo de 2009. (BOE 16.06.2009).

<sup>687</sup> El art. 564-1 CCCat. Define el derecho de superficie como “*un derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace*”. Por su parte, en art. 162 del D/Ley 1/2005 de 26 de julio por el que se aprueba la Ley de Urbanismo, regula así mismo la constitución de derechos de superficie en suelo urbano: “*La administración de la Generalidad, los entes locales, las entidades urbanísticas especiales y las otras personas jurídicas particulares, pueden constituir el derecho de superficie en terrenos de que sean propietarios o propietarias para destinarlos a construir viviendas, establecer servicios complementarios o hacer instalaciones industriales, logísticas y comerciales u otras edificaciones determinadas en planes urbanísticos. La titularidad de los terrenos a que se refiere el apartado 1 corresponde a los superficiarios por el plazo que establezca el acto de constitución del derecho de superficie, dentro de los límites establecidos por la legislación aplicable. Los aspectos sustantivos del derecho de superficie no regulados por este artículo, incluida la extinción, y*



La doctrina se encuentra dividida al respecto. Una parte <sup>688</sup> entiende que el derecho de superficie puede considerarse como una cesión total de edificabilidad, pero no parcial, porque el derecho de superficie mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye y la del suelo en el que se efectúa la construcción, por lo cual no se puede adquirir por accesión.<sup>689</sup>

En relación con el derecho de vuelo,<sup>690</sup> otros entienden que tiene mejor cabida en el supuesto en que lo que se transmite es una cuota de la finca o edificabilidad. A este respecto, la propia Ley en su Preámbulo, se refiere a la transmisión de la edificabilidad, en la proporción que la persona cedente y la cesionaria determinen, constituyéndose una situación de comunidad. En este sentido, es cierto que el derecho de vuelo, nos remite siempre a una situación de comunidad,<sup>691</sup> pero también es cierto que, en la cesión de finca por obra futura existe una comunidad cuando se transmite una cuota del solar.

---

*también los aspectos procedimentales de este derecho, son regulados por la legislación que les sea aplicables” remitiéndose, en los aspectos sustantivos a la legislación civil.*

Por su parte, el art. 567-1CCCat. En relación al derecho de vuelo, establece que “*el vuelo es un derecho real sobre un edificio o solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones. Los preceptos del presente capítulo son de aplicación al derecho de subedificación.*”. En relación a este precepto, MATHEU DELGADO, José Arturo. “Delimitación del concepto de Derecho de Vuelo y Subsuelo” enero 2011. <http://vlex.com/vid/328182875> pg. 21. Considera que “*El CCCat. Acierta al considerarlo como derecho real, aunque no habla de que sea un derecho en cosa ajena, aspecto que es innato al derecho de vuelo aunque esa ajenidad sea parcial y no total*”. Así mismo señala este autor, que “*El CCCat. conceptúa al derecho real como un derecho a ejercitar sobre un inmueble gravado lo que implica que el derecho de vuelo es, además de un derecho real, un derecho limitativo del dominio sobre un inmueble ya que éstos siempre suponen una carga o gravamen como el caso del usufructo o las servidumbres.*”

<sup>688</sup> En este sentido se pronuncia, CABANAS TREJO, Ricardo. “La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura”. MICÓ GINER, CABANAS TREJO Y JUAREZ. *La Notaria*. junio 2002. núm. 6/2002; pg. 20-21. También CABANAS TREJO, Ricardo y SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya, sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura”. *op. cit.* pg. 64

<sup>689</sup> DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*. Capítulo 15. pg. 269. Ed. Marcial Pons. “*La excepción al principio de accesión que constituye el derecho de superficie, permite la existencia de dos objetos de derecho: el terreno o suelo que seguirá perteneciendo al cedente, y la construcción o plantación, propiedad del superficiario.*”

<sup>690</sup> DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*. *op. cit.* pg. 377. “*En el CCCat. la denominación derecho de vuelo, se utiliza por el CCCat en diferentes sentidos, uno amplio que se refiere a aquel derecho real que atribuye a su titular la facultad de construir una o más plantas, sobre o bajo el inmueble gravado; y en sentido estricto cuando contrapone derecho de vuelo y derecho de subedificación.*”

<sup>691</sup> El Preámbulo de la Ley 5/2006, por el que se reguló el derecho de vuelo en Cataluña, expresa que es derecho de vuelo “*es un instrumento para facilitar la construcción de plantas o edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.*”

Otro sector doctrinal, considera que, a partir del modelo básico y de su regulación jurídica, es posible configurar otras modalidades, como la permuta de vuelo o subsuelo por una edificación futura, o bien la creación de un derecho de superficie, pudiéndose describir, por tanto, estas tres operaciones como permuta de edificabilidad por edificación.<sup>692</sup> TARRAGONA COROMINA,<sup>693</sup> no contempla ni la cesión de vuelo o de superficie dentro de la edificabilidad, aunque entiende que el legislador debería haber incluido estas posibilidades en la ley, aunque a nuestro juicio no argumenta su razonamiento. VALLE MUÑOZ,<sup>694</sup> mantiene esta misma opinión, pero va más allá y entiende que además no regula otras posibilidades, como la construcción en comunidad o la cesión de solar y dación en pago de la obra, posibles todas ellas en base al principio de autonomía de la voluntad.

En nuestra opinión, consideramos, que si hubiera introducido estas posibilidades como refieren estos últimos autores, se hubiera conseguido una mayor concreción del objeto, al reconocer expresamente que las operaciones de cesión de solar por obra futura instrumentalizadas mediante la constitución de un derecho de vuelo o superficie también son objeto de esta Ley. Pero creemos que desde el punto de vista sustantivo no aporta nada.

Por su parte, la Resolución de 22 de abril 2010<sup>695</sup> de la DGDEJ, se refiere a la inscripción de un contrato de cesión de edificabilidad a cambio de dinero y construcción futura otorgado entre cedente y cesionario, por el que se constituye un derecho de subsuelo, que considera como edificabilidad a estos efectos. Lo destacable en esta

---

<sup>692</sup> BADOSA COLL, Ferrán. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. *La cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura: estudi preliminar*. pg. 18-19. En este mismo sentido, CABANAS TREJO, Ricardo y SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. "Breve apunte sobre la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya, sobre cesión de la finca o edificabilidad a cambio de construcción futura." *La Notaría*. núm. 3/2002, marzo 2002, pg. 65.

<sup>693</sup> TARRAGONA COROMINA, Miquel. "La cessió de solar per obra futura". *La Notaría*. septiembre de 2001. núm. 9-10/2001; pg. 130. considera que "La Llei no ha contemplado como forma de cesión de finca la Cesión del derecho de vuelo o de superficie, por un breve plazo para posibilitar la construcción, estableciendo reglas de adjudicación al vencer el plazo."

<sup>694</sup> VALLE MUÑOZ, José Luis. "Especialidades del Anteproyecto de Ley en cuanto a la compraventa de inmuebles". Ponència a les XVIIIenes Jornades de Dret Català a Tossa. pg. 18. <http://civil.udg.edu/tossa/2014/textos/pon/2/VALLEpdf>. (consultado el 3 de agosto de 2015)

<sup>695</sup> RDGEJ de 22 de abril de 2010 (DOGC núm. 5639 de 31 de mayo de 2010), que establece: "la atipicidad de este contrato en relación con la Llei 23/2001 es que no se cede una parte de edificabilidad del solar, sino la expectativa de derecho sobre el solar. Si el comprador cedente acaba siendo propietario del solar, el contrato es de una simple cesión de una parte de la edificabilidad del solar (mediante la constitución de un derecho de sub-edificación), a cambio de construcción futura, que entraría dentro del supuesto que la doctrina califica como cesión al constructor de un derecho de vuelo."

Resolución es que la sociedad cedente, cuando adquirió las fincas objeto del contrato, lo hizo con una cláusula de reserva de dominio a favor de los vendedores hasta el total pago del precio. El Registrador, entiende que los que transmiten el derecho de subsuelo no son propietarios de las fincas futuras, por lo cual no pueden construir un derecho real limitado sobre fincas ajenas. La negativa del Registrador a la inscripción es recurrida ante la DGDEJ, la cual considera que sí puede inscribirse en estos términos, porque lo que existe es una expectativa de derecho inscrita en el Registro de la Propiedad, que puede ser gravada, entendiendo que la efectividad del gravamen dependerá de que la expectativa de derecho de los transmitentes se convierta en derecho actual efectivo. Se trata de constituir un derecho actual sobre una expectativa de derecho real<sup>696</sup>.

Otro de los defectos advertidos por el Registrador es la insuficiente identificación del objeto. La DGDEJ conforme con este argumento entiende también que no se encuentra plenamente identificado el objeto de la prestación, pues las plazas de aparcamiento no están concretadas y descritas, pues solo aparecen mencionadas en una hoja de cálculo anexo al documento y dibujados en un plano anexo. Sin embargo, el Registrador fundamenta este requisito en el art. 567-2.1.d CCcat relativo al derecho de vuelo, y la DGDEJ lo fundamenta en el art. 1 de la Ley 23/2001, que establece la obligatoriedad de identificar el objeto.

Consideramos, que esta Resolución evidencia la falta de delimitación entre una relación de carácter obligacional y un derecho real sobre una finca, y la confusión a que pueden llegar ambas figuras. Por un lado, la identificación del objeto del contrato debe cumplirse conforme a lo establecido en el art. 1 de la LCF, pero en su caso, lo que tiene acceso al Registro de la Propiedad, en este supuesto, es la constitución de un derecho real, puesto que el contrato de cesión por sí mismo, no tiene eficacia jurídico real para la prestación del cedente. Por tanto, si lo que ha de inscribirse es una expectativa de derecho real de subsuelo, éste debe constituirse conforme a lo establecido en el CCcat para el derecho de vuelo, y en ese sentido, entendemos que ha estado más acertado en su calificación el Registrador. Apoyando esta línea argumentativa debemos indicar que la propia Resolución establece que si la expectativa de derecho se convierte en derecho pleno, el contrato se convierte en una simple cesión de una parte, mediante la

---

<sup>696</sup> MARSAL GUILLAMET, Joan. “Comentario a la RDGEJ de 22 de abril de 2010 “Contrate de cessió de dret de subsòl per places de pàrking a construir”. *Indret* 3/2010 pg. 13

constitución de un derecho de subedificación, a cambio de construcción futura y entraría dentro de los supuestos que la doctrina califica como cesión al constructor de un derecho de edificabilidad. En definitiva, la Resolución concreta que se otorga un derecho real de subedificación cuyo origen se halla en la figura jurídica de la cesión de solar por obra. Situación confusa producida por la conexión existente entre ambas figuras consecuencia de la comunidad sobre la construcción. En el mismo sentido entendemos que en este caso, nos encontramos ante un derecho de subsuelo, constituido en un contrato de cesión de finca o edificabilidad por construcción futura.<sup>697</sup>

A nuestro juicio sería más acertada la distinción del contrato de cesión de solar a cambio de construcción futura del derecho de vuelo y de superficie. Nos adherimos a la opinión de aquellos, que entienden que nos encontramos ante figuras jurídicas diferentes, que pueden confluir en un mismo resultado. Esto es así, porque en el supuesto en que se haya producido la transmisión de la totalidad del solar, el promotor, construye sobre suelo propio, ejercitando una facultad inherente al derecho de propiedad; cuando se transmite sólo una cuota del solar, el promotor está legitimado a construir por la legitimación que como copropietario le confiere el contrato de cesión de solar.<sup>698</sup> Por tanto, entiendo la cesión de edificabilidad en la LCF, va unida al criterio de rehabilitación, pues en los casos de edificios antiguos, el cedente, va a ceder en principio la edificabilidad, a cambio de la realización de las obras necesarias para la conservación y mantenimiento del edificio existente. Será necesario, en todo caso, que la construcción no haya agotado el volumen de edificabilidad previsto para esa finca. Además, también pueden contemplarse dentro de los supuestos de edificabilidad de la LCF, las cesiones de los excesos de edificabilidad sin necesidad de que estén unidos a

---

<sup>697</sup> MATHEU DELGADO, José Arturo. “Delimitación del concepto de Derecho de Vuelo y Subsuelo”. enero 2011. VLEX-328182875 <http://vlex.com/vid/328182875>; pg. 24. El autor considera, “*que a pesar del silencio de nuestro ordenamiento jurídico civil, la posibilidad de creación de un derecho de vuelo puede producirse por la vía de la concesión del derecho que el titular del inmueble base (edificio o solar sin edificar) transfiere a un tercero, bajo las distintas modalidades previstas en el mundo jurídico, ya sea mediante compraventa, permuta (caso típico de permuta de solar por vuelo en edificio a construir), o cualquier otra admitida en derecho, incluso la nueva modalidad de leasing inmobiliario.*”

<sup>698</sup> DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*. Capítulo 21 *op. cit.* pg. 374  
BARRAL VIÑALS, Inmaculada. “La modalitat de cessió de quota a canvi de construcció futura” *La Notaria*”, núm. 9-10/2001, septiembre 2001. pg. 143. Esta autora entiende que: “*La edificabilidad debe entenderse referida a la constitución de un derecho de superficie o de vuelo, pero no entiende porque en el caso de cesión de edificabilidad se indica que se crea una situación de comunidad, ya que si se crea un derecho real de superficie se está ante una propiedad gravada pero no de una cotitularidad.*”

una rehabilitación. En este sentido, la RDGRN de 30 de mayo de 2009,<sup>699</sup> admite una anotación de embargo sobre un exceso de edificabilidad de un solar, de tal forma que, admitiendo esta posibilidad, perfectamente puede admitirse, el supuesto de que un promotor o un propietario de un exceso de edificabilidad ceda la misma a otra empresa promotora para la edificación de esa edificabilidad pendiente, acordando como contraprestación la entrega al propietario de la edificabilidad de parte de los inmuebles construidos, siempre que se edifique en la misma finca. En definitiva, coincidimos por tanto con quienes conciben el derecho de vuelo y superficie, en estos casos como instrumentos temporales para la ejecución del contrato.<sup>700</sup>

Consideramos, que también constituye supuesto de cesión de edificabilidad a los efectos de esta Ley, las cesiones de edificabilidad que se hacen a otro propietario, sin necesidad de transmisión de la propiedad de la finca, para que la realice en otra finca propiedad del cesionario adquirente que construye en su finca al amparo de un derecho que ya le asistía como propietario. Es lo que se denomina, en Derecho urbanístico, transferencias parcelarias del volumen de edificabilidad.<sup>701</sup> La LCF en el art. 2.1 admite la cesión total de edificabilidad, en este supuesto la construcción se puede situar en una finca distinta de la cedida, por tanto, el cedente de la edificabilidad puede recibir su contraprestación en la finca propiedad del cesionario adquirente. Por su parte, el propio

---

<sup>699</sup> RDGRN de 30 de mayo de 2009. (B0E 16.06.2009)

<sup>700</sup> TARRAGONA COROMINA, Miquel. “La cessió de solar per obra futura” *op. cit.* pg. 35.

<sup>701</sup> LOPEZ FERNÁNDEZ, Luís Miguel. “El contrato y el aprovechamiento urbanístico.” *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 2007. pg. 1090. “En todos los casos antes explicitados el aprovechamiento era objeto de contrato de forma meramente accesoria en relación con la transmisión de fincas edificables, presentes o futuras, o bien de la constitución de derechos reales o proindivisos sobre las fincas en virtud de cuya propiedad se atribuye ese aprovechamiento; por el contrario, la transmisión de la edificabilidad, entendida como aprovechamiento concreto y efectivamente materializable sobre una finca determinada, y que se verifique sin transmitir al propio tiempo un derecho sobre la mencionada finca que autorice al adquirente a realizar la utilidad en que esa edificabilidad consiste, parece un absurdo lógico y jurídico. Sin embargo, aún existe una posibilidad residual, cuando nos encontramos ante planeamientos dotados de cierta “elasticidad,” cuya definición acerca del modo de situar las edificabilidades sobre las respectivas fincas resulta compatible con construir edificios que superen o no alcancen la edificabilidad que les corresponde. Así un propietario podría ceder a otro u otros determinadas cantidades de edificabilidad, sin alterar alturas máximas, líneas de edificabilidad y fondo, coeficiente de ocupación de suelo y restantes magnitudes, mediante una ordenación global de los volúmenes edificables; no se precisará transmitir junto con la edificabilidad un derecho que permita su edificación al adquirente, porque dicha actividad se realizará en la parcela de este último y al amparo del derecho a edificarla que ya le asistía, como propietario.”

CABANAS TREJO, Ricardo. SANCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya, sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura.” *La Notaría* núm. 3/2002, marzo de 2002. *op. cit.* pg. 64. En este mismo sentido consideran: “La alusión a la edificabilidad puede incluir la transferencia del aprovechamiento urbanístico de la finca del cedente a otra finca del cesionario, aunque el cedente retenga la propiedad de la suya (art. 33 RD .093/1997, sobre inscripción registral de la transferencia del aprovechamiento, con entrega de obra futura radicada en finca diferente”.

art. 2.2 admite la transmisión de una cuota de la edificabilidad en la proporción que la persona cedente y cesionaria determinen constituyendo una situación de comunidad. Consideramos en este punto, que la LCF podría haber sido más innovadora y arriesgada y contemplar estos supuestos de forma explícita en consonancia con el avance y la realidad que impera en el Derecho urbanístico. Sin embargo, la LCF se mantiene a mi juicio arraigada a las líneas del derecho de propiedad clásico, sin tener en cuenta que en la actualidad, también es objeto de tráfico jurídico la potencialidad edificatoria de un inmueble.

### **3. EL OBJETO Y FORMA DEL CONTRATO.**

#### **3.1 Cuestiones en relación con el objeto**

En general, tanto la doctrina como la Jurisprudencia, entienden que el objeto del contrato tiene que estar determinado, o ser determinable, sin necesidad de que las partes, tengan que llegar un nuevo acuerdo posterior. Cuando hablamos de Contrato en general se diferencia la determinación del objeto del contrato de la individualización o descripción real del bien.<sup>702</sup> De manera que, el objeto puede estar determinado, aunque no se haya hecho mención a las características, calidades o dimensiones.

No obstante lo señalado en sede de teoría general del contrato, el art. 1 LFC, parece establecer la obligatoriedad de la determinación del objeto, al exigir que se determinen las viviendas, los locales y otras edificaciones. La cuestión es si el contrato es válido, cuando el objeto no está totalmente determinado, pero sí es determinable, tal como establece el art 1273 CC. En este sentido, la LCF establece que, cuando el contrato se otorga antes de haberse obtenido la licencia, habrá de hacerse constar las características de la obra y la calidad de los materiales a utilizar. Con esta obligación imperativa la Ley pretende proteger al cedente en el sentido de que no vea defraudadas sus expectativas sobre las edificaciones que debe percibir, así como evitar que el cesionario le adjudique una construcción de calidades inferiores a las pactadas. En este sentido nos parece positivo esta exigencia porque crea seguridad jurídica principalmente al cedente, pero también al cesionario pues puede evitar conflictos entre las partes.

---

<sup>702</sup> HERRERO GARCIA, M<sup>a</sup> José. *Art. 1273 CC. Comentario arts. 1261-1280*. pg. 10. Enero 1993. Id: vlex: VLEX.231162. <http://vlex.com/vid/231162>

Pero además de exigir, la LCF la determinación del objeto, impone también la individualización del mismo, al exigir que en los contratos que se pactan con posterioridad a la obtención de la licencia correspondiente, debe incorporarse el contenido de la licencia de obras, las determinaciones del proyecto, o bien la certificación emitida por el facultativo de la obra y la memoria de calidades, conforme al proyecto redactado. Esta documentación requerida para la individualización del objeto en el art. 1 de la LCF va a ser también en parte exigida posteriormente como parte del Libro del Edificio, cuya elaboración corresponde al promotor. En la práctica es una recopilación de planos, memorias y manuales de los medios necesarios para su mantenimiento.<sup>703</sup>

En ambos supuestos, entendemos que la Ley exige que se produzca una individualización del objeto, y no sólo su determinación.

La cuestión es fijar o concretar qué sucede, cuando no figuran en el contrato las condiciones o características de la construcción, es decir, cuando el objeto no está individualizado. En estos casos, no se produce la ineficacia del contrato, pues se aplica lo establecido en el art 3.5 de la LCF, que determina que en defecto de pacto sobre estos extremos, el cumplimiento se ajustará a lo necesario por el uso. La Ley se remite en estos casos, a la determinación e individualización del objeto conforme a los usos habituales, es decir, a la legislación vigente en materia urbanística y a las características habituales de los inmuebles, adoptando por tanto un criterio objetivo para la individualización del objeto.<sup>704</sup> En este sentido, la propia Ley se contradice, porque establece que la obra se hará en las condiciones y con las características pactadas, pero si nada se hubiere estipulado, se aplica la norma legal supletoria, conforme al art. 1258 CC.

Criterio que es seguido por la SAP de Barcelona de 10 de abril de 2008,<sup>705</sup> en un supuesto en el que las partes no han pactado las características ni las condiciones de las

---

<sup>703</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel. “Algunas notas actuales sobre el libro del edificio y su acceso al Registro de la Propiedad” en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. editorial Dikynson S.L. año 2013. pg. 523.

<sup>704</sup> HERRERO GARCIA, M<sup>a</sup> José. “Art. 1273 CC” *Comentarios arts. 1261-1280*. op.cit. pg.14 Esta autora recoge como criterio de determinación admitido por la jurisprudencia, la referencia a los usos.

<sup>705</sup> SAP de Barcelona (Sección 16<sup>a</sup>) de 10 de abril de 2008. Sentencia núm. 200/2008. Recurso de Apelación 452/2007, (RJ 2008,171298) Magistrado Ponente, Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos, que

viviendas que se han de entregar, estableciendo que no se produce la ineficacia del contrato de cesión, sino que la entrega deberá realizarse conforme a los usos, de acuerdo con lo establecido en el art.3.5 LCF. Sin embargo, la STSJC de 5 de Enero de 2012,<sup>706</sup> en un supuesto en que no se recogen las especificaciones contenidas en la ley en cuanto a las características y condiciones de la edificación, determina que el contrato no tiene existencia vinculante para el cedente, pues quedaría el cumplimiento a la voluntad del cesionario, o sería necesario un nuevo pacto para determinar el objeto.

Por su parte, consideramos que el objeto del contrato va a ser determinable en todo caso, por la obligatoriedad del Libro del Edificio, que se impuso en Cataluña en la Ley 18/2007 de Derecho a la Vivienda.<sup>707</sup> DE LA IGLESIA MONJE<sup>708</sup> lo define como

---

en su fundamento de derecho tercero dice: “ En esta ocasión el contrato se hacía en un momento muy incipiente de manera que los elementos de obra construida que se tendrían que entregar se describen muy a grandes rasgos pues tendría que ajustarse al proyecto que desarrollará el arquitecto y algo más abajo se dice que se incorpora al presente contrato como anexo inseparable del mismo firmado por ambas partes un plano en el que grafiadas de números 2, 6 y 8 se señala la ubicación de las viviendas unifamiliares que deberán ser objeto de entrega. Sin embargo es un hecho no discutido que el anexo a que hacía referencia el documento privado no se unió al contrato, ni consta exista propiamente ese plano firmado por ambas partes a que se refiere el citado documento privado de 19 de Julio de 2005.

Los defectos de constatación de las características de la obra, no parecen dar lugar a la ineficacia del contrato sino que las consecuencias previstas en el art. 3.5 del texto legal antes mencionado consistirían en que el cumplimiento se ajustará o bien a lo pactado o bien a lo necesario para el uso”.

<sup>706</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 2/2012 de 5 de enero, Recurso de Casación núm. 46/2010 (RJ 2012,4201) Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio, que en su fundamento de derecho segundo dice: “En este sentido el hecho de que la Llei 23/2001 distinga los contratos de cesión por su contenido según que sean otorgados antes o después de que hubiere sido obtenida la licencia de obras, y de que sólo en el segundo caso obligue a incorporar al contrato el contenido de ésta y las determinaciones del proyecto y de la memoria de calidades (art. 3.2), no autoriza a pensar que en el primer supuesto no sea necesaria una precisión similar, puesto que es al promotor al que le corresponde solicitar y obtener licencia (art. 9.2 LOE) así como a facilitar copia de la misma a la firma del contrato al adquirente de la vivienda (art. 25.2 Llei 24/1991 de 29 de noviembre y art. 25.3 y 27.1 Llei 18/2007 de 28 de desembre del dret a l’habitatge y porque en caso contrario, resultaría prácticamente ineficaz la facultad de resolución prevista a favor del cedente en el art. 3.4 de la Llei 23/2001, para el caso de que la licencia no llegase a ajustarse a los pactos alcanzados previamente al otorgamiento de aquella. Pues bien, en orden a las consecuencias de la falta de consignación de todos o de parte de tales datos en el contrato de cesión, particularmente en el otorgado antes de obtener la licencia de obra, por lo que se refiere al cedente, no puede ser otra cosa que la ausencia de eficacia vinculante para éste, teniendo en cuenta que como hemos dicho su eventual determinación, por lo general, dependería de la voluntad del promotor o constructor (art.1256 CC), o en el mejor de los casos de un nuevo acuerdo, por lo que habría que entender entonces que las partes no han querido obligarse de forma definitiva, y que, por lo tanto no existe todavía un contrato propiamente dicho sino unos tratos preliminares”.

<sup>707</sup> La STC de 20 de marzo de 1997, reconocía la competencia de las comunidades autónomas para la elaboración y aprobación de la normativa relativa al Libro del Edificio, al ser las competencias urbanísticas exclusivas de las comunidades autónomas. De tal forma que cada comunidad autónoma, elabora su propia normativa sobre la elaboración del Libro del Edificio. En Cataluña, la Ley 18/2007 de Derecho a la Vivienda, establece su obligatoriedad en los arts. 132 y 135.



el instrumento donde se recoge toda la información precisa para conocer en todo momento las características físicas, técnicas y jurídicas del edificio. El art. 25 de la Ley de Derecho a la Vivienda de Cataluña establece como obligación del promotor su formalización. Su función, además de informar acerca del proceso edificatorio y mantenimiento del inmueble, también es la de garantizar unas mínimas garantías de calidad de los inmuebles. Este aspecto, entendemos que va a permitir, cuando no se han pactado unas calidades concretas, que el cedente, reciba sus inmuebles con unas calidades ajustadas a lo que la Ley considera suficiente para considerar habitable el inmueble. El Libro del edificio, que en principio está pensado para las transmisiones realizadas por compraventa a los promotores, es decir dirigido a los compradores entendidos como usuario final, va a suponer en la cesión de solar un instrumento de protección al cedente, porque también puede ser considerado usuario final, cuando no interviene como agente de la edificación o toma decisiones en el proceso edificatorio. En este sentido la STS de 18 de marzo de 2002,<sup>709</sup> relativa al Libro del Edificio, se refiere en general a los adquirentes finales.

En nuestra opinión, entendemos que en base al principio de conservación del contrato, siempre y cuando el objeto sea determinable sin necesidad de pacto posterior, el contrato será eficaz aunque falten algunas de las determinaciones específicas establecidas en la Ley, conforme a lo establecido en la STS de 20 de noviembre de 2009<sup>710</sup>. Y en todo caso, dada la obligatoriedad del Libro del Edificio, consideramos

---

<sup>708</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel. “Algunas notas actuales sobre el Libro del Edificio y su acceso al Registro de la Propiedad” en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. op.cit. pg. 523.

<sup>709</sup> STS de 8 de marzo de 2002. Sentencia 235/2002. Recurso de casación 3029/1996 (RJ 2002,2848). Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela que en su Fundamento de Derecho 2º dice: “De manera que la LOE ha creado la figura jurídica del Libro del Edificio, que operará como documentación registrada de la historia constructiva, y la determinación de su alcance jurídico, que no es fijada en el texto legal, corresponderá a los Tribunales cuando surjan contiendas sobre su naturaleza jurídica, calificación, vinculación y efectividad para las partes interesadas, especialmente respecto a los adquirentes finales del edificio, a los que se entregará obligatoriamente un ejemplar de dicho Libro en el momento coincidente con el de la transmisión del inmueble”.

<sup>710</sup> STS, Sala 1ª de 20 de noviembre de 2009. Sentencia 78/2009. Recurso de Casación (RJ 2009,7296) que establece: “El art. 1271 párrafo 1º CC, admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una cosa futura. No importa que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino basta una razonable probabilidad de existencia... El objeto está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva sobre las que las partes quisieron contratar. La determinación supone que hay identificabilidad, de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos, el acreedor conoce lo que puede exigir y el deudor lo que tiene que entregar para cumplir su obligación. La jurisprudencia admite que es suficiente su determinabilidad, la cual hace referencia a una situación en que no hay determinación inicial, en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero si cabe la determinación

que cuando la LCF se refiere a los usos y costumbres, puede entenderse como una remisión a las calidades e instalaciones mínimas exigidas en el Libro del Edificio.

Otra cuestión que suscita el análisis del art. 1 de la LCF, es que parece referirse a la obligatoriedad de que se constituya el régimen de propiedad horizontal <sup>711</sup>en el momento de formalizar el contrato. A este respecto, GETE-ALONSO CALERA y SANTOS RUIZ DE EGUÍLAZ <sup>712</sup>consideran que la Ley exige literalmente la constitución del régimen de propiedad horizontal, aunque opinan que es desorbitada y desproporcionada esta exigencia sólo para identificar el objeto del contrato. También siguen esta línea otros autores como TARRAGONA COROMINA, <sup>713</sup> y VALLE MUÑOZ, <sup>714</sup> que entiende que no es sólo desorbitada sino que puede ser de difícil

---

*posterior, siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo entre los contratantes para su fijación. Para ello es preciso que el contrato contenga en sus disposiciones previsiones, criterios o pautas que permitan la determinación.*” En este mismo sentido STS, Sala 1ª, sentencia 223/2012 de 30 de marzo de 2012. Recurso de casación 792/2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana. (RJ 2012,5746)

<sup>711</sup> Actualmente se está tramitando el Proyecto de Libro VI del CCcat. aprobado por el Parlamento de Cataluña el 18 de marzo de 2015, donde se va a regular el contrato de cesión de suelo y aprovechamiento urbanístico a cambio de obra futura. En la nueva redacción del PLVI se mantiene la necesidad de la indicación de cada uno de los adjudicatarios, pero ya no se exige la constitución del régimen de propiedad horizontal.

<sup>712</sup> GETE-ALONSO CALERA, Carmen y SANTOS RUIZ DE EGUÍLAZ, Jesús. *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*. Editorial Bosch. Año 2005. pgs. 741-742. Dicen estos autores: “La exigencia literal, aunque sea con finalidad de identificación, es que efectivamente se constituya el régimen de propiedad horizontal, se otorgue su título y no meramente que se identifique, pues el que exista el régimen permite la individualización y valoración de los diferentes locales, o viviendas susceptibles de aprovechamiento independiente (art. 3.a LPH) y la participación de cada uno de los propietarios (comuneros). La exigencia obedece al principio de protección del cedente, en un afán por fijar todo de antemano, tal como se materializará, para evitar conflictos. No obstante esto, de hecho no sólo puede ser difícil de cumplir con tal requisito siempre (ya de tiempo: téngase en cuenta que se requiere para el momento de perfección del contrato), sino que, en sí mismo, es desorbitado, desproporcionado que al sólo efecto de identificar el objeto del contrato se exija la constitución del régimen de propiedad horizontal, cuando puede haber otros medios a utilizar para conseguir la finalidad buscada.”

<sup>713</sup> TARRAGONA COROMINA, Miquel. “La cessió de solar per obra futura”. *op. cit.* pg. 132. Establece el autor: “La necesidad de especificar las diferentes entidades proyectadas que deben corresponder al cedente, ni es esencial, como veremos, ni mucho menos es exclusiva de esta modalidad, ya que la contraprestación, determinada o determinable es requisito esencial en todas las modalidades. La proporción o cuota que debe ser objeto de cesión no es la que determinen las partes, sino que lo importante es que debe ser igual a la suma de las cuotas que en propiedad horizontal deben corresponder a las entidades que se deben adjudicar al cedente.”

<sup>714</sup> VALLE MUÑOZ, José Luis. “Cesión de solar a cambio de obra futura”. *op. cit.* pg. 158 y 159. Precisa el autor, que “la redacción todavía vigente parece dar por descontado la necesidad de constitución de un régimen de propiedad horizontal si la contraprestación son viviendas o locales de una edificación. Sin embargo, este régimen es un medio de ordenar derechos, no un fin en sí mismo. Se hace necesario cuando para el adecuado disfrute de una vivienda, de un local, de un puesto de mercado, de un amarre en un puerto deportivo, etc. Sea necesaria la existencia de elementos comunes u obligaciones comunes a cargo de los distintos propietarios. Si la cesión de solar es, por ejemplo, para la construcción de un edificio destinado a viviendas en alquiler esta cuota en la comunidad especial podría convertirse en una cuota ordinaria o en la propiedad exclusiva de uno de los comuneros, o por ejemplo, pueden

cumplimiento por razones temporales. También se pronuncia en estos términos la Jurisprudencia menor que entienden que no es necesaria, la constitución del régimen de la propiedad horizontal en la formalización del contrato.

En este mismo sentido se pronuncia la RDGEJ de Cataluña de 20 de febrero de 2008,<sup>715</sup> que interpreta que lo que el legislador pretende es que en el contrato de cesión quede delimitado con precisión el objeto futuro de la cesión, de forma que cuando la construcción exista se pueda exigir la entrega sin que sea necesario un nuevo acuerdo. Este artículo debe interpretarse según TORMO SANTONJA<sup>716</sup> en el sentido de exigir que la descripción de los pisos o locales que se deben adjudicar a cambio de la finca cedida se efectúe de forma que se ajusta a aquello que tiene que ser la división en propiedad horizontal del edificio en cuestión, pero no que se deba constituir efectivamente el régimen en el mismo momento de otorgar la cesión.

El artículo 553.8 del CCCat establece que el título de constitución de la propiedad horizontal lo otorgan los propietarios de la finca, y dado que el cesionario se convierte en propietario de la finca con posterioridad al contrato de cesión, el título de constitución no puede otorgarse al formalizar la cesión, sino después y sólo por el cesionario. Sin embargo, no hay inconveniente en que, fijados los criterios básicos, como metros cuadrados y otras características, se deje la identificación de las entidades para un momento posterior. Del art.3 LCF se extrae esta conclusión cuando da por válido el contrato formalizado con anterioridad a la concesión de la licencia, en el que la ley requiere que se haga constar las características de la obra, las condiciones, los plazos de la construcción y la calidad de los materiales empleados. Por su parte, la doctrina entiende que la necesidad de especificar las diferentes entidades proyectadas que deben corresponder al cedente, ni es esencial, ni es exclusiva de este contrato, ya que la contraprestación determinada o determinable es requisito esencial en todos los contratos.<sup>717</sup>

---

*cederse en un único contrato diversas parcelas para la construcción de viviendas unifamiliares. Por ello, la nueva redacción es meramente indicativa en cuanto al régimen de describir la edificación pero sin exigir la constitución del régimen.”*

<sup>715</sup> RDGEJ de 20 de febrero de 2008. (DOGC 5 marzo 2008).

<sup>716</sup> TORMO SANTONJA, Mercedes. “Comentario a la RDGEJ de Cataluña de 20 de febrero de 2008”. *Boletín del SERC*. núm. 135. I.4 pg. 44.

<sup>717</sup> TARRAGONA COROMINA, Miquel. *op. cit.* pg. 132.

Por su parte, la RDGRN de 5 de marzo de 2012,<sup>718</sup> analiza un supuesto de presentación en el Registro de la Propiedad para su inscripción de una escritura de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura, regulada por la Ley 23/2001 y sometida a condición resolutoria expresa. El Registrador rechaza la inscripción, por entender que la escritura no reúne las condiciones establecidas en el art. 1 de la LCF, relativas a la determinación de las viviendas, los locales de una edificación, no quedando suficientemente identificadas las entidades futuras. La escritura de cesión se remitía para la especificación de la superficie, ubicación y emplazamiento de cada una de ellas a un plano protocolizado en la escritura. Además esta Resolución entiende que no es necesario que el contrato de cesión y la división horizontal sean coetáneas, o que la constitución del régimen de propiedad horizontal sea requisito esencial del contrato de cesión, pero sí es exigible que, para determinar las entidades futuras a entregar al cedente, éstas se describan conforme a las previsiones del edificio proyectado y en la forma y con los requisitos de la legislación sobre propiedad horizontal. Por ello, se entiende que si se deben entregar entidades determinadas de un edificio, deberán ser individualizadas de forma que sea indubitado el contenido de la prestación, por lo que, de conformidad con su Ley reguladora esto implica la determinación de su número de orden, superficie, linderos y anejos, pues son estas

---

<sup>718</sup> RDGRN de 5 de marzo de 2012, (BOE 7.06. 2012), que en su fundamento de derecho quinto dice: *“Las anteriores consideraciones son igualmente aplicables cuando la prestación del adquirente consiste total o parcialmente en especie y en especial cuando se trata de un supuesto de entrega de presente a cambio de cosa futura. Como tiene declarado este Centro Directivo en los supuestos de permuta de finca por obra futura el derecho del cedente puede configurarse como real, si se constituye una comunidad especial sobre el objeto cedido, o como un mero derecho personal en cuyo caso su reflejo registral sólo tendrá eficacia frente a terceros si se garantiza en alguna de las formas previstas en el art. 11 de la Ley Hipotecaria. En este segundo supuesto, si la opción elegida es el pacto con condición resolutoria explícita y el objeto de la prestación lo constituyen entidades determinadas de un edificio a construir, deberán ser individualizadas de forma que sea indubitado el contenido de la prestación. De conformidad con su ley reguladora esto implica la determinación de su número de orden, superficie, linderos y anejos pues son estas circunstancias las que identifican e individualizan los elementos individuales y el contenido de la prestación del cesionario”*. En el fundamento de derecho sexto continúa diciendo: *“En el supuesto que ha provocado este expediente las referencias que el título contienen sobre el objeto de la prestación del adquirente son manifiestamente insuficientes para considerarlo debidamente individualizado e identificado. Las partes se remiten a un plano que consta protocolizado y ciertamente en el mismo constan las circunstancias necesarias para individualizar todos y cada uno de los elementos que en los mismos aparecen reflejados. Pero ni consta plano alguno relativo a las plazas de aparcamiento que permita identificarlas ni en los planos protocolizados se determina qué unidades en concreto serán las que deberán ser objeto de entrega a la entidad cedente. El documento protocolizado a que se ha hecho referencia en los hechos que tiene una relación de entidades relacionadas y que puede considerarse, de acuerdo a los criterios de una razonable interpretación, como relación de elementos individuales que han de entregarse al cedente muestra no obstante tales deficiencias, que no es posible fijar en los términos que han quedado expuestos de forma indubitada cual sea el contenido de la obligación del cesionario y por tanto de la condición resolutoria explícita pactada.”*

circunstancias las que identifican e individualizan los elementos individuales y el contenido de la prestación del cesionario.

No obstante lo anterior, cuando se promulgó la LCF, ya existía controversia en este aspecto, pues una parte de la doctrina entendía que el requisito de que la identificación se constituya en la Propiedad Horizontal, es excesivo e imposible, pues primero se declara la obra nueva y luego se divide en régimen de propiedad horizontal. No se pueden otorgar escrituras de obra nueva e inscribirlas sin licencia. Además, si adoptásemos la tesis de la obligatoriedad del otorgamiento de la Propiedad Horizontal, quedarían fuera de este tipo de contratos, aquellos supuestos en los que se pacte un determinado porcentaje de la edificación a recibir. Por tanto estos requisitos, han de interpretarse con flexibilidad.<sup>719</sup> Sin embargo, otra parte de la doctrina, entendía que era necesario el otorgamiento de la división horizontal, porque así lo preveía la LCF.<sup>720</sup>

En nuestra opinión, y en virtud de lo anterior, lo que pretende el legislador al exigir la identificación de objeto, es la protección suprema de la parte cedente, con el fin de que la contraprestación convenida esté perfectamente determinada y no dé lugar a dudas o confusión acerca de los inmuebles que ha de recibir. Nos parece correcta la exigencia de identificación del objeto porque deja claro el contenido de la prestación del cesionario, lo que posibilitará, llegado el caso, un ejercicio más fácil de la resolución del contrato por incumplimiento.<sup>721</sup> Por ello, puede concluirse que, en la legislación catalana sobre el contrato de cesión por construcción futura o edificabilidad, el objeto debe de estar determinado o ser determinable sin necesidad de un pacto posterior, al igual que se exige en el Derecho común, tal y como tiene establecido la Jurisprudencia del TS. Pero conforme a la RDGRN de 5 de marzo de 2012 antes mencionada, si se pretende inscribir el contrato de cesión, que será lo más acertado para otorgar seguridad jurídica a las partes y a terceros, será conveniente que las construcciones futuras estén especificadas conforme al art. 1 de la LCF, cumpliendo además los requisitos de la legislación sobre propiedad horizontal.

---

<sup>719</sup> GINER, CABANAS TREJO y JUÁREZ, “La ley 23/200, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura.” *La Notaría*, núm. 6/2002. junio 2002. pg. 19

<sup>720</sup> En este sentido, se pronuncian, BARRAL VIÑALS, Inmaculada, en *op. cit.* pg. 144.

<sup>721</sup> BADOSA COLL, Ferrán; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. *op.cit.* pg. 13.

### 3.2 Problemas en cuanto a la forma del contrato

El legislador catalán no impone ningún requisito de forma determinada, salvo que el contrato quiera oponerse a terceros, conforme al art. 9 de la LCF. Obviamente tal y como hemos expuesto en el apartado anterior, las exigencias en cuanto a su contenido, no hace posible que se concierte verbalmente ya que en el contrato hay que incorporar datos de la construcción y los adjudicatarios. Además, el hecho de que el art. 3.4 de ese mismo texto legal establezca a favor del cedente una facultad cautelar para la resolución anticipada de la obra, cuando la licencia no se ajusta a lo acordado, determina que el contrato ha de ser otorgado por escrito, pues si no resultaría ineficaz la resolución prevista a favor del cedente.

En nuestra opinión entiendo que, al margen de que el cedente no pueda beneficiarse de las medidas de protección establecidas en la ley y si las partes son capaces de acreditar la existencia de contrato mediante pruebas concretas, el contrato es plenamente eficaz. En este sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña de 5 de enero de 2012,<sup>722</sup> que considera inviable en la práctica la forma verbal, aceptada por el Derecho civil estatal en la STS de 30 de mayo de 2006,<sup>723</sup> aunque si bien es cierto en la práctica difícil acreditar su existencia. El contrato, puede formalizarse en documento privado, con validez entre las partes, pero habrá de otorgarse en escritura pública si se quiere que la cesión tenga acceso al Registro de la Propiedad y despliegue los efectos de los principios hipotecarios con relación a la protección del cedente. En este caso, como se ha expresado en el apartado anterior, deberá cumplir con los requisitos del art. 1 de la LCF y los requisitos de la legislación sobre propiedad horizontal

---

<sup>722</sup> STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal. Sección 1ª). Sentencia núm. 2/2012 de 5 de enero. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio. (RJ 2012,4201).

<sup>723</sup> STS (Sala 1ª), de 30 de mayo de 2006, Sentencia 559/2006, Recurso de Casación, 4069/1999, (RJ 3338,2006), Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que en su fundamento de derecho primero dice: *“Tal cuestión jurídica enlaza con la fáctica, que es la prueba de celebración del contrato. La demanda interpuesta por la inmobiliaria OBRAS Y CIMENTACIONES BETANZOS S.L (OCIBE), actual recurrente en casación, se funda en la existencia de este contrato celebrado en forma verbal; el demandado D. Alfredo niega la perfección del contrato y alega la mera presencia de unos tratos previos y la codemandada, su esposa Dª Carolina, niega su legitimación pasiva ya que la presunta permuta tenía como objeto un solar y unos futuros locales que era bien privativo de su esposo codemandado y tal excepción ha sido admitida en la instancia y no llevada a casación. La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5ª, de la Coruña, confirmando la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Betanzos declaró que “no existe una actividad probatoria suficientemente demostrativa del contrato verbal...” y tras analizar los datos objetivos que se han probado, concluye que “no es bastante para hacer presumir la celebración en 1992 del contrato verbal de permuta.”*

#### 4. LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD EN LA LEY DE CESION DE FINCA O EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCION FUTURA.

El sistema establecido por la LCF ofrece en su articulado dos posibilidades que van a determinar la adquisición de las entidades futuras por el cedente.

- a) En primer lugar regula la modalidad de cesión por transmisión total de la finca al cesionario establecido en el art. 2.1a i4 LCF, que se puede calificar como un contrato de permuta. En cuanto a la adquisición de la propiedad por el cedente, la Ley establece que el cedente adquirirá la propiedad cuando la obra estuviera finalizada, sin determinar el modo de entrega.<sup>724</sup> Sin embargo, la doctrina y la Jurisprudencia más reciente, consideran que el cedente sólo puede adquirir la propiedad de los inmuebles, mediante su entrega tras la finalización de la obra, entendiéndose por finalización, cuando la obra está en condiciones de uso y habitabilidad. En este sentido también se pronuncia la SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2011,<sup>725</sup> en un supuesto en que el cedente, solicita que se condene a la parte cesionaria, a otorgar acta de entrega de las entidades objeto de permuta, que entiende que la obligación del cesionario se entiende cumplida con la entrega de la obra en condiciones

---

<sup>724</sup> RUDA GONZALEZ, Albert. “La transmisión de la propiedad según la ley 23/2001, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura.” *Working Paper de Dret Català* núm. 9. Indret. 01/2004. Barcelona 2004. pg. 4. El autor, lo justifica, en virtud del contenido del Proyecto de Ley que preveía “la adquisición de los pisos, locales, u otras edificaciones tiene lugar mediante su adjudicación o entrega” (art. 4; BOPC núm. 175, de 23 de Abril de 2001, pg. 28). Este mismo autor, entiende que: “esta es la línea que ha de seguirse, teniendo en cuenta por un lado, la inseguridad que podría producir hacer depender la adquisición del hecho que el cesionario acabe la obra, y por otro, como esto acercaría peligrosamente nuestro sistema traslativo a los sistemas de transmisión puramente consensuales como el francés o el italiano, en retroceso a su juicio.”

<sup>725</sup> SAP de Barcelona, (Sección 13). Sentencia 651/2011 de 30 de diciembre de 2011. Recurso de Apelación 649/2010. (RJ 2011,13133). Magistrado Ponente Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M. dels Àngels Gomis Masque, que en su fundamento de derecho segundo dice: “El contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura se encuentra regulado, respecto de las fincas ubicadas en Catalunya, por la Llei 23/2001 de 31 de Diciembre. El artículo 1 de dicha ley contiene el concepto de dicho contrato al que define estableciendo que “el contrato de cesión de una finca o de una determinada edificabilidad a cambio de adjudicación de una construcción futura o resultante de la rehabilitación requiere, en el momento de formalizarlo, que se determinen las viviendas, los locales o las demás edificaciones con indicación de cada uno de los adjudicatarios, y cuando lo que se haya de construir o lo que resulte de la rehabilitación sean viviendas o locales de una edificación, que se constituya el régimen de propiedad horizontal con identificación necesaria”. Conforme a dicha ley (art. 3.5), la obligación de la persona cesionaria se entiende cumplida con la entrega de la obra en las condiciones y con las características pactadas; la necesidad de hacer constar la entrega en un instrumento público deriva no tanto de dejar constancia del cumplimiento de la obligación cuando de que tal entrega pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, a fin de que conste en el mismo la titularidad de las viviendas, locales o edificaciones pactadas como contraprestación, por cuando con la conclusión del contrato la cedente pierde la propiedad de lo cedido.”

y con las características pactadas, y considera que la necesidad de que conste en documento público la entrega <sup>726</sup>no resulta tanto de la necesidad de constatar el cumplimiento, sino de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de propiedad del cedente.

- b) La segunda modalidad es la de cesión por transmisión parcial, establecida en el art. 2.1b i 5 LCF, que la doctrina califica como un “negocio de comunicación”. Consiste en la creación y la transmisión de una cuota de la finca o edificabilidad en la proporción que el cedente o cesionario determinen, constituyendo una comunidad. La propiedad se adquiere por accesión.<sup>727</sup> Esta modalidad representa la máxima protección para el cedente pues mantiene un derecho real sobre la cosa cedida; en contraposición, la modalidad de transmisión total tiene una naturaleza meramente obligacional.

Así, en el caso de la cesión por transmisión parcial, se ha de hablar de especificación y no de conversión de cuota de la comunidad pro indiviso del solar en régimen de propiedad horizontal a la asignación de uno o varios pisos al comunero. Según la doctrina, no es necesario hacer una adjudicación exclusiva.<sup>728</sup> Para BADOSA COLL,<sup>729</sup> hay que distinguir entre la conversión y la especificación de las cuotas (una

---

<sup>726</sup>VALLE MUÑOZ, José Luis. “Cesión de solar por obra futura.” *op. cit.* pg. 159. Entiende que “*De una manera más precisa el PLVI no se refiere a la entrega, sino a la adquisición de la propiedad, la cual tiene lugar con la entrega una vez finalizada la obra*”.

<sup>727</sup>VALLE MUÑOZ, José Luis. “Cesión de solar por obra futura”. *op. cit.* pg. 159. Entiende el autor que “*en esta modalidad, la nueva redacción dada en el PLVI es más congruente pues no se refiere a la adjudicación a los propietarios sino que se limita a señalar que la adquisición tiene lugar a medida que la obra se completa, por lo que da a entender que la adquisición es a favor de la comunidad a través del instituto de la accesión. La propiedad individual de cada elemento se adquirirá con la disolución de la comunidad*”.

<sup>728</sup>CABANAS TREJO, Ricardo. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001 de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya, sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura. La Notaria. núm. 3/2002, marzo 2002. pg. 65; También CABANAS TREJO, Ricardo. “La Ley sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura”. *La Notaría*. núm.9-10/2003. septiembre 2003. pg. 86. Entiende el autor: “*No obstante, aunque se habla de comunidad, cuando se trata de adquisición de las entidades futuras, la ley da a entender que la adjudicación a cada uno de los propietarios es directa, sin necesidad de disolución, de tal modo que por accesión la construcción pertenecerá a cada comunero a medida que se levante la obra, situación que recuerda alguna ya conocida en el pasado, pero sin necesidad de decir que cada adjudicatario se ha construido individualmente la respectiva vivienda, costeando entre todos los elementos comunes.*” BADOSA COLL, Ferrán y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. *op. cit.* pg. 14.

<sup>729</sup>BADOSA COLL, Ferrán; Del POZO CARRASCOSA, Pedro. *op. cit.* pg. 14. Para estos autores, la conversión sería incorrecta en dos aspectos; uno porque la cuota de copropiedad proindiviso del solar no se extingue cuando es sustituida por la propiedad exclusiva de pisos y locales. En este sentido, el art. 218 del RH, considera que la propiedad exclusiva del piso es compatible con la copropiedad sobre todo el edificio; y el otro, porque la finalización del edificio no representa variación ni en la copropiedad ni en la



cuota que se cuantifica en determinados elementos) en la comunidad pro indiviso del solar en régimen de propiedad horizontal de la propiedad exclusiva de pisos o locales.

El art. 5 de la LCF considera que el contrato de cesión de una finca, o de una determinada edificabilidad, a cambio de adjudicación de construcción futura o resultante de la rehabilitación requiere, en el momento de formalizarlo, que se determinen las viviendas, los locales o las demás edificaciones, con indicación de cada uno de los adjudicatarios, y cuando lo que se haya de construir o lo que resulte de la rehabilitación sean viviendas o locales de una edificación, que se constituya en régimen de propiedad horizontal con identificación necesaria.

Conforme a dicha Ley (art. 3.5 LCF), la obligación de la persona cesionaria se entiende cumplida con la entrega de la obra en las condiciones y con las características pactadas.

La necesidad de hacer constar la entrega en un instrumento público deriva, no tanto de dejar constancia del cumplimiento de la obligación, cuanto de que tal entrega pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, a fin de que conste en el mismo la titularidad de las viviendas, locales o edificaciones pactadas como contraprestación porque con la conclusión del contrato el cedente pierde la propiedad de lo cedido. La propiedad exclusiva del piso es compatible con la copropiedad sobre todo el edificio y la finalización del edificio no representa variación ni en la copropiedad ni en la existencia del régimen inmobiliario de propiedad horizontal.

Las cuotas en la copropiedad del solar no se extinguen, sino que subsisten modificadas. Sucede que en la medida que se construyen los pisos, estas cuotas se concretan o especifican en los pisos, que están designados previamente *in abstracto*. Por tanto, no hay un acto final de adjudicación.

---

existencia del régimen inmobiliario de propiedad horizontal. Por su parte, GETE-ALONSO CALERA, Carmen y SANTOS RUIZ DE EGUILAZ, Jesús. *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán* op.cit. pg.768. A este respecto dicen estos autores: “La cuota, en inicio, cuando se constituye la situación de comunidad no se concreta (especifica) en un bien (piso, local, construcción), sino a partir de la división de la cosa común, concreción que no tiene lugar siempre (sí en los casos de propiedad horizontal); por ello, la norma exige la descripción pormenorizada y la atribución concreta (adjudicación) a cada uno de los propietarios desde el momento de la formalización del contrato (arts. 1 y 5 LCF). Así, que el cedente adquiere los pisos o locales que en la descripción aparezcan adjudicados a él, progresivamente, a medida que se complete la edificación y además, puesto que la ley establece la especificación de la cuota, sin necesidad de ejercitar, en su caso, la acción de división de la comunidad, ni liquidarla. De entrada la exigencia de descripción con el dato del adjudicatario permiten la individualización y en automatismo que se concreta.”

En este sentido, el art. 5 LCF determina que el cedente es cotitular, primero del solar, y posteriormente del edificio y, sin dejar de ser eso, es también titular exclusivo de los pisos. La titularidad se va haciendo efectiva a medida que se va construyendo, por lo que la doctrina entiende que no habrá existido una comunidad romana,<sup>730</sup> regulada en el art.392 CC. Si bien hay algún autor, RUDA GONZÁLEZ que entiende que sí crea una comunidad romana <sup>731</sup> pero a la que no es aplicable todo su régimen legal. En definitiva, en esta modalidad el cedente adquiere la propiedad por accesión de la obra, pues así ha interpretado la doctrina la expresión de la Ley “a medida que se complete”.<sup>732</sup>

Por otro lado, la LCF también admite el supuesto de que la edificación futura no esté situada en la misma finca del cedente, pero sólo puede darse este supuesto cuando la transmisión del solar sea total. Pues, en el caso de cesión de una cuota de solar a cambio de una edificación en otro inmueble distinto al cedido, CABANAS TREJO, considera que no estaríamos ante un contrato de cesión regulado por esta ley, ya que el cedente no adquiere la propiedad del inmueble por accesión. Estaríamos ante una comunidad ordinaria.<sup>733</sup>

Llegados a este punto, cabe preguntarse, si es conveniente que en esta modalidad de transmisión parcial, sea necesario que el objeto esté completamente determinado, y que sea necesario haber constituido la Propiedad Horizontal tal y como establece el art. 1 de la LCF, dejando constancia de lo que corresponde a cada parte. Esta argumentación permite una máxima protección para el cedente, pues no deja de ser propietario del solar en ningún momento y podría ejercitar la tercería registral del art. 38.3 LH, al figurar su derecho de propiedad sobre el solar inscrito en el Registro de la Propiedad,<sup>734</sup> y también podría ejercitar la tercería de dominio sobre lo que en cada momento concreto sea objeto de su derecho de propiedad.<sup>735</sup> Además, dado que el cedente es también propietario, le correspondería constituir, junto con el cesionario, el régimen de

---

<sup>730</sup> Así lo entienden BADOSA COLL, Ferrán y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. *op. cit.* pg. 14, MEZQUITA DEL CACHO, José Luis.*op.cit.*12/44.

<sup>731</sup> BARRAL VIÑALS, Inmaculada. “La modalitat de cessió de quota a canvi de construcció futura”. *La Notaría*, núm. 9-10/2001. septiembre de 2001, pg. 144.

<sup>732</sup>RUDA GONZALEZ, Albert. *op. cit.* pg. 16.

<sup>733</sup> CABANAS TREJO, Ricardo, SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001...”*op. cit.* pg. 65

<sup>734</sup> BADOSA COLL, Ferrán, DEL POZO Carrascosa, Pedro. *op. cit.* pg. 15

<sup>735</sup> RUDA GONZALEZ, Albert. *op. cit.* pg. 14.

propiedad conforme al art. 553 del CCCat lo que determina una mayor protección para aquél.

Como conclusión general entendemos que esta regulación no supone ninguna innovación en relación al derecho común. La Ley catalana permite la modalidad cesión total del solar, encontrándonos en este caso una relación de carácter obligacional. Tampoco la modalidad de cesión parcial conservando el cedente una cuota de propiedad del solar, implica ninguna novedad en relación al derecho común, pues en estos casos, la relación entre las partes tiene carácter real. En este sentido Jurisprudencia más reciente, entiende que el cedente adquiere la propiedad de los inmuebles futuros al establecer que cuando se constituye una comunidad sobre el solar, se entiende adquirida la propiedad mediante *traditio ficta* conforme a lo establecido en el art. 1462.2 CC, siempre que del contrario no se deduzca del contrato que las partes no han querido transmitir la propiedad.

Aunque efectivamente, la modalidad de cesión parcial, garantiza la seguridad del cedente, porque no deja de ser propietario de parte del solar durante el transcurso de la edificación, en nuestra opinión en la práctica la adopción de esta modalidad de contrato puede presentar dificultades para el cesionario en la obtención de la financiación de la construcción por préstamo hipotecario.

El art. 399 del CC, permite la hipoteca de cuotas indivisas de una finca. Sin embargo, los bancos y demás entidades financieras, no son proclives a constituir derechos de hipoteca sobre cuotas indivisas de un solar, por los problemas que la ejecución y posterior enajenación como consecuencia de ejecución hipotecaria. Si se ha optado por esta modalidad de transmisión parcial, el cedente tendría que constituir hipoteca sobre su cuota junto con el cesionario para que la totalidad de la finca responda del préstamo. El uso de esta modalidad de transmisión parcial de una cuota del solar, no es la más eficaz desde el punto de vista financiero para el cesionario pero si la que produce más seguridad a la parte cedente.

## 5. LA OPONIBILIDAD A TERCEROS DEL CONTRATO DE CESION EN LA LEGISLACION CATALANA.

El art. 9 de la LCF establece que el contrato de cesión de finca o edificabilidad es oponible a terceros, desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. En este sentido, es importante resaltar la importancia que en relación a este contrato tiene el Registro de la Propiedad, pues los conflictos entre cedente y terceros, tienen un tratamiento distinto según se encuentre su derecho o no inscrito en el Registro. Esta cuestión no es nueva porque es lo mismo que ocurre en Derecho Común, según se formalice la relación con carácter obligacional, mediante la transmisión al cesionario de la totalidad del solar o real, cuando el cedente solo transmite una cuota del solar, formando el cedente y el cesionario una comunidad sobre el mismo.

Los problemas que plantea la redacción de este artículo, son varios. Por un lado, la relación entre cedente y cesionario está construida como una relación obligacional; y, por otro lado, Cataluña, no tiene competencia para determinar la eficacia de la inscripción en el Registro. Por lo tanto, lo que hay que discernir es el significado de este artículo en la LCF. Un sector doctrinal,<sup>736</sup> entiende que el hecho de que se haya inscrito el contrato tal y como establece la ley, mientras no figuren inscritas las fincas futuras a favor del cedente, la única constancia de su derecho, será el derecho a una contraprestación futura, pero en ningún caso el cedente será titular registral, sino que lo sería el cesionario, por tanto, será quien pueda enajenar las fincas. No obstante, otros autores<sup>737</sup> van más allá y consideran que, una vez que se logra la constancia registral, da igual o no admitir el efecto traditorio de la escritura de cesión de solar, porque de este modo el cedente puede estar protegido por los principios registrales y, de esta forma, serán estos principios, los que protejan la situación del cedente y su derecho frente a terceros.<sup>738</sup>

---

<sup>736</sup> Siguen esta opinión, CABANAS TREJO, Ricardo. “La Ley 23/2001, de 31 de diciembre de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura”. *La Notaria*. núm. 6 pg. 28. BADOSA COLL, Ferrán y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. “La cessió de finca o edificabilitat a canvi de construcció futura. Estudi preliminar.” *op. cit.* pg. 37.

<sup>737</sup> PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> Carmen. Cesión de Solar a cambio de obra futura. Marcial Pons. 2002. *op cit* pg. 327.

<sup>738</sup> LOPEZ FRIAS, Ana. “La permuta de solar por pisos en el nuevo art. 13 del Reglamento Hipotecario”. *Libro Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Vol. II. *op.cit* pg. 964. Entiende la autora que “Si el tercero solicita una certificación registral, conforme al art. 232 LH, las certificaciones literales, comprenderán íntegramente los asientos a que se refiere, de donde se deduce, que habrán de contener todos los datos que aparezcan en la inscripción a nombre del cesionario del solar, incluida la referencia

Como es sabido, al margen de que se regule la forma y el momento de adquisición del dominio por el cedente se puede conseguir la oponibilidad del derecho frente a terceros desde que consta en el Registro. Por su parte, la doctrina <sup>739</sup>que defiende la naturaleza real de los derechos de las partes desde el momento del perfeccionamiento del contrato, consideran que la inscripción del contrato en el Registro reafirma esa naturaleza real. Otros autores, <sup>740</sup>entienden, que dado que el contrato no se inscribe, sino que lo se inscribe es el derecho resultante, el artículo es incorrecto, siendo un precepto inaplicable desde la perspectiva del cedente e innecesario desde el punto de vista del cesionario, y por ello, dado la confusión que puede crear, es conveniente su supresión.

La postura más conciliadora, viene representada por aquellos autores <sup>741</sup>que consideran que el art. 9 de la LCF, casa perfectamente en el art. 13 del Reglamento Hipotecario, que queda vigente tras la STS de 31 de Enero de 2001, por lo que debe entenderse el art. 9 de la LCF, se refiere a la expresión de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación es la obra futura, haciendo constar que la obra futura no es objeto de inscripción.

---

*a la contraprestación pactada por la adquisición de la finca. En cuanto a las certificaciones en relación, el art. 232 RH, se expresarán todas las circunstancias que los mismos asientos contuvieran necesarias para su validez; las cargas que a la sazón pesen sobre el inmueble o derecho inscrito, según la inscripción relacionada, y cualquier otro punto que el interesado señale o juzgue importante el Registrador. Es dentro de esta última mención donde, según creemos, debe tener cabida la mención a la obligación asumida por el cesionario y titular registral de la finca. Porque aunque dicho compromiso no afecta a la titularidad sobre el inmueble ni tiene la categoría de carga real, constituye un elemento en el que está involucrado el propio inmueble, y cuyo conocimiento puede interesar a quien consulta el registro. No parece lógico ocultar semejante dato cuando, de hecho consta su existencia-aunque sea de forma concisa-en el asiento de inscripción. Y por ello pensamos que el Registrador puede y debe juzgarlo importante e incluirlo en la certificación en relación que se expida.*

*Lo anterior tiene una consecuencia relevante para el caso de que el cesionario (titular registral enajene el solar a un tercero sin haber hecho efectiva su obligación frente al cedente. Dicha enajenación provocará el incumplimiento definitivo del contrato de permuta, puesto que el cesionario no podrá ya entregar una parte de la obra futura a quien le cedió el terreno. Entonces este último sujeto estará en condiciones de solicitar la resolución de la permuta de solar por pisos en base al art. 1124 CC. Y los efectos de dicha resolución alcanzarán al subadquirente del inmueble, en cuanto que ha conocido o ha podido conocer a través del Registro el compromiso asumido e incumplido por su transmitente. La conclusión es por tanto que aunque el derecho del cedente no sea propiamente objeto de inscripción, su constancia en el Registro puede provocar la mala fe del subadquirente de la finca a los efectos del art. 1124.3 CC.*

<sup>739</sup> SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *El contrato de cambio de solar por edificación futura. (Doctrina, Jurisprudencia y Legislación).op. cit.* pg. 153-154

<sup>740</sup> GETE-ALONSO CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, SANTOS Jesús. *Comentarios de derecho Patrimonial Catalán*. Editorial Bosch. 2005. *op. cit.*pgs. 806 y ss.

<sup>741</sup> VALLE MUÑOZ, José Luis. "Cesión de solar por obra futura en Cataluña: posibilidad de dar carácter real a la contraprestación, lo cual debe reflejarse en el acta de inscripción". *Boletín del servicio de estudios registrales de Cataluña*. núm. 122. enero-febrero de 2006. Colegio de Registradores de Cataluña. pg. 17.

En este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona de 16 de noviembre de 2011,<sup>742</sup> cuando en un procedimiento de concurso de acreedores, el cedente pretende que se le reconozca, en sede concursal, privilegio o preferencia, porque en la inscripción de la transmisión del dominio a favor de la promotora concursada de la finca originaria cedida en virtud de permuta, el Registrador deja constancia expresamente de la efectividad frente a terceros de las cláusulas del contrato de permuta en interés del cedente, de conformidad con lo que dispone el art. 9 de la Ley 23/2001 de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura. Esta finca se agrupó con otra, haciéndose también mención de lo anterior en la finca resultante. La Sentencia de 1ª Instancia, y posteriormente la de la propia Audiencia, rechazaron tanto el cumplimiento de la prestación con cargo a la masa de la prestación, como el reconocimiento del pretendido privilegio, por no existir en el contrato una condición resolutoria explícita y no tener encaje en ninguno de los supuestos del art. 90 LC.

En nuestra opinión es acertada esta sentencia, porque no existe pactada condición resolutoria expresa inscrita por lo que no puede considerarse una obligación garantizada con eficacia real frente a terceros. El art. 9 de la LCF no tiene transcendencia real, porque Cataluña no tiene entre sus competencias las del Registro de la Propiedad, de tal forma que hay que estar al art. 11 de la LH, que establece el acceso al Registro de los contratos obligacionales que estén garantizados con una condición resolutoria expresa. Por otro lado, la Jurisprudencia viene exigiendo que el establecimiento de la cláusula resolutoria sea claro y no exista duda acerca de la existencia de esta cláusula en el contrato. Por ello, el crédito del cedente no puede ser calificado de privilegiado sino de crédito concursal.

---

<sup>742</sup> SAP de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia 448/2011 de 16 de noviembre de 2011, Recurso de Apelación 426/2011. (RJ 2012,98205). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Luís Garrido Espá. La sentencia en su fundamento de derecho cuarto expone en relación al art. 9 de la LCF lo siguiente: *“Se trata de una medida de protección del interés del cedente en relación con los derechos que le corresponden por virtud del contrato de permuta (el derecho a exigir la construcción y entrega de las entidades pactadas) y que en principio, por no tener carácter real, no tendrían acceso a la inscripción, a menos que se aseguren con una garantía real o con una condición resolutoria explícita. Se refuerza así, mediante la oponibilidad ante terceros, la posición del cedente en caso de transmisión de la finca a un tercero, pero la oponibilidad no es por sí sola, una garantía real ni una condición resolutoria explícita, ni el precepto otorga tal valor o carácter a la oponibilidad del contrato frente a terceros.*

Por su parte, la SAP de Barcelona de 28 de julio de 2014<sup>743</sup> considera que la oponibilidad a terceros del contrato inscrito, debe entenderse como una constatación de la protección del Registro a los derechos inscritos, pero no añade efecto alguno al contrato, ni una protección específica ni permite la entrada en el Registro del contrato.

En nuestra opinión, consideramos que para entender el significado del art. 9 LCF ha de hacerse una interpretación integradora con el art. 1 de la misma, que menciona la constitución del régimen de propiedad horizontal. En este caso, si el contrato se realiza conforme a los requisitos establecidos en el art. 1 de la LCF, una vez que se otorga e inscribe la prehorizontalidad, conforme al art. 8.4 de la LH, el cedente, si el contrato se ha documentado en escritura pública, podrá inscribir su derecho sobre los inmuebles que correspondan.<sup>744</sup>

En este sentido, se pronuncian también los AAAP de Barcelona, de 8 de marzo de 2007;<sup>745</sup> 13 de abril de 2007;<sup>746</sup> y 26 de junio de 2007,<sup>747</sup> que consideran que la Ley 23/ 2001 de 31 de Diciembre, recoge la tesis de la prehorizontalidad. Sin embargo, algún autor,<sup>748</sup> entiende que la situación de prehorizontalidad parece estar vetada en la

---

<sup>743</sup> SAP de Barcelona (Sección 17ª). De 28 de julio de 2014. Recurso de Apelación 958/2012. Sentencia 381/2014. (RJ, 2014,295498).Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª Ana María Ninot Martínez que en el fundamento de derecho sexto dice: *“Por consiguiente la referida oponibilidad a terceros del contrato inscrito se configura, en esencia, como la constatación de la protección del Registro a los derechos reales inscritos, cuya existencia presume en la forma determinada en el asiento respectivo, pero no añade efecto especial alguno al contrato en cuestión, ni una protección específica, ni permite la entrada en el Registro de un contrato que no la tuviera, pues además de que ello no sería posible por las razones competenciales indicadas, los derechos reales es evidente que gozan de la protección registral en los términos que establece la propia ley, por lo que nada se añade con este precepto, y los meramente obligacionales no cambian por ello su naturaleza.”*

<sup>744</sup> PLANA ARNALDOS, Mª Carmen. “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura”. Estudios. Aranzadi Civil. Año 2002. *op. cit.* pg. 2115.

<sup>745</sup> AAP de Barcelona (Sección 16ª). Auto número 33/2007 de 8 de marzo. Recurso 568/2006 (RJ 2007,20714). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas, que en su fundamento de derecho primero expresa: *“Una tercera construcción doctrinal y lega (es una de las opciones recogidas en la mencionada Llei 23/2001 de 31 de diciembre, reguladora de la cesión de finca a cambio de construcción futura) basada en la tesis dinámica de la prehorizontalidad, entre cedente y cesionario durante la época de construcción del edificio futuro, sea porque el cedente mantiene sobre el suelo una cuota ideal de participación equivalente a las partes del edificio futuro que hayan de corresponderle, cuya cuota se convertirá en propiedad exclusiva de los departamentos privativos una vez concluya su construcción, o sea porque retiene la titularidad del suelo y cede al promotor el ius edificandi. En tal hipótesis el cedente nunca deja de ostentar una titularidad jurídico-real sobre la finca, con lo que de máxima protección ello supone”*.

<sup>746</sup> AAP de Barcelona (Sección 16ª). Auto 68/2007 de 13 de abril. Recurso de Apelación 364/2006. (RJ 2007,242924). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Inmaculada Zapata Camacho.

<sup>747</sup> AAP de Barcelona. Auto 151/2007 de 26 de junio. Recurso de Apelación 400/2006. (RJ 2007,2927289). Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos.

<sup>748</sup> ARNAU MOYA, Federico. “La transmisión de la propiedad en el contrato de cesión por obra futura” *Actualidad Civil*. núm. 6. marzo de 2009. *op. cit.* pg. 667.

LCF, puesto que su art. 1º exige expresamente que se constituya el régimen de propiedad horizontal como identificación necesaria, cuando lo que se haya de construir o lo que resulte de la rehabilitación sean viviendas o locales de una edificación. Como réplica a este autor, hay que aclarar que la existencia de una comunidad de bienes en régimen de propiedad horizontal es la última etapa del *iter negocial*. Por tanto, si esto es así, la situación jurídica de etapas anteriores, desde la formalización del contrato por el que se convenga el intercambio de solar por edificación, será una situación de prehorizontalidad.<sup>749</sup>

Por otro lado, la RDGRN de 5 de marzo de 2009,<sup>750</sup> establece que las partes pueden constituir la relación ya como obligacional, o bien con eficacia real, si se constituye una comunidad sobre el solar, y siempre que la escritura pública de permuta determine la transmisión actual, pues en tal caso equivale a la entrega, a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical.

## **6. LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL CESIONARIO EN LA LEY CATALANA. EL EXCESIVO PROTECCIONISMO DEL CEDENTE.**

### **6.1. Introducción**

La Ley catalana de 23/2001 de 31 de diciembre de 2001, regula la Cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura. Es la primera regulación específica sobre este contrato. SERRANO CHAMORRO<sup>751</sup> considera que *“la conclusión más significativa de esta ley, es la falta de originalidad en su articulado. La Ley ciertamente no aporta soluciones efectivas y novedosas a los principales problemas que suscita el contrato que pretende regular. La mayoría de las cuestiones que presume solventar quedan ya resueltas a través de las normas generales del C.C”*. Sin embargo, ROCA SAGARRA Y MANENT BLASCO<sup>752</sup> consideran *“que a pesar del carácter proteccionista de la Ley, cabe celebrar el reconocimiento de las cláusulas que describimos a continuación, dado, que sin lugar a dudas, aportan a este tipo de transacciones una seguridad jurídica de la que antes no era posible beneficiarse”*

---

<sup>749</sup> PÉREZ PÉREZ, Emilio. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*. Editorial Bosch. 2011. *op. cit.* pg. 453.

<sup>750</sup> RDGRN de 5 de marzo de 2009. (BOE 07.05. 2012).

<sup>58</sup> SERRANO CHAMORRO, Mª. Eugenia. *Cambio de solar por edificación futura*. *op. cit.* pg. 233.

<sup>59</sup> ROCA SAGARRA, J. y MANENT BLASCO, C. “La permuta inmobiliaria” *op. cit.* pg. 2.



Es una Ley de carácter imperativo y por tanto limitativo del principio de autonomía de la voluntad, debido a la finalidad de la misma, que, según se expone en su Preámbulo ha sido dar seguridad y fortalecer la posición de los propietarios cedentes frente a los perjuicios que pueden sufrir, si la parte cesionaria incumple sus obligaciones. Con este fin, el legislador catalán ha regulado diversos aspectos, como los requisitos que el contrato debe cumplir en el momento de formalizarse, consistentes en la especificación y determinación de las edificaciones que se van a construir y entregar, constituyéndose desde el inicio el régimen de propiedad horizontal como identificación necesaria; las modalidades de cesión total o parcial, y el modo en que en cada una de ellas se produce la transmisión de la propiedad. Pero, quizás, lo que el legislador catalán ha introducido y perfilado con más interés, ha sido la regulación que se ha llevado a cabo del incumplimiento contractual, tanto en cuanto al supuesto de hecho como a sus efectos. A pesar de su carácter imperativo, CABANAS TREJO<sup>753</sup> considera, que, cuando la necesidad de protección no esté especialmente justificada, se debe aprovechar cualquier resquicio para rescatar la autonomía de las partes, bien sea permitiendo una configuración íntegra del negocio sin otras reglas que las generales, bien dejando que la nueva regulación cumpla un papel meramente dispositivo y que solo se aplique en ausencia de pactos.

La Ley solamente regula los supuestos de incumplimiento por parte del cesionario, en los arts. 3.4, 6, 7 y 8, por lo que el incumplimiento del cedente, que principalmente puede consistir en falta de entrega de la finca, la no transmisión de la propiedad o de la edificabilidad o el incumplimiento de cualquier otra obligación a que se hubiere comprometido, se regirá conforme a lo pactado en el contrato y a falta de acuerdo por el art. 1124 del C.C, y del régimen general de saneamiento, evicción y vicios ocultos.

## **6.2. El cumplimiento del cesionario**

Con objeto de proteger al cedente, la LCF establece cómo ha de ser el cumplimiento de la prestación por parte del cesionario, consistente en la edificación

---

<sup>753</sup> CABANAS TREJO, Ricardo. SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001 de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura. *La Notaría* núm. 3/2002, marzo 2002, *op.cit.* pg. 62

pactada y entrega de la misma al cedente.

En cuanto al cumplimiento, pueden distinguirse dos aspectos importantes.

El primero, se refiere a la posibilidad, salvo pacto en contrario, de que la obra sea realizada y entregada por un tercero, distinto del cesionario, conforme a lo que establece el art. 3.6. De esta forma la Ley configura la prestación como no personalísima. PLANA ARNALDOS<sup>754</sup> considera que este precepto refleja como regla general de cumplimiento por un tercero, salvo que se pacte que la prestación ha de realizarla necesariamente el cesionario, configurándose en este caso la obligación como personalísima. Un supuesto concreto de aplicación de esta norma tiene lugar cuando el mismo cesionario construye con una sociedad distinta a la contratante, en este caso el tercero es distinto al constructor-cesionario solo formalmente. Según GIMENEZ COSTA<sup>755</sup> el cesionario asume la realización de la obra, pero no su ejecución material, que debe ser financiada a su costa para entregarla posteriormente al cedente, asumiendo las consecuencias del incumplimiento. La configuración de la prestación del cesionario como no personal, no implica la cesión de su posición contractual, ya que, para que existiera tal cesión, será necesario un pacto expreso, conforme al art. 1205 C.C. De forma, que, cuando la obra sea realizada por un tercero, no es necesario pacto, pero será necesario un acuerdo previo o el consentimiento expreso del cedente para que el cesionario pueda ceder su posición contractual. Por su parte, CABANAS TREJO<sup>756</sup> considera, que, salvo pacto en contrario, la Ley contempla que la obra pueda ser realizada por una persona distinta del cesionario, pero también que sea entregada por otro; presuponiendo esto último que la titularidad ya corresponde al adjudicatario, limitándose la intervención del tercero a la mera entrega física, pero sin excluir la prestación a cargo de éste.

Consideramos, que este extremo, no supone ninguna novedad, a pesar del debate doctrinal a que ha dado lugar, pues en el Derecho común ya existe esa posibilidad, tal y como reconoce la STS de 20 de noviembre de 2009<sup>757</sup>, cuando recoge en un supuesto

---

<sup>754</sup> PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> Carmen. *Cesión de solar a cambio de obra futura. op. cit.* pg. 323

<sup>755</sup> GIMENEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña.” (Trabajo enmarcado en el proyecto SEJ2006-14875-C02-02 “La propiedad y sus aprovechamientos. Las situaciones de Comunidad”, cuyo investigador principal es el Dr. Pedro del Pozo Carrascosa.) pg. 2.

<sup>756</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001 de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura” *op. cit.* pg. 66.

<sup>757</sup> STS (Sala 1<sup>a</sup>), de 20 de noviembre de 2009. Sentencia 78/2009 (RJ 2009,7296).

de contrato de cesión de solar lo siguiente: “ *El motivo no tiene sentido y debe ser desestimando, ya que las obligaciones derivadas del contrato de autos no se han establecido intuitu personae y pueden ser cumplidas por causahabiente, cesionario o incluso tercero*”.

Además, la Ley permite la posibilidad de pactar de forma expresa que la obra se realice en una finca distinta de la cedida, siempre y cuando la cesión sea total, conforme al art. 2.2. LFC. CABANAS TREJO <sup>758</sup> considera que esta última restricción no priva de validez al caso de transmisión parcial a cambio de edificación en otra, la diferencia está en que el contrato quedará sometido al régimen general en vez de al régimen especial establecido en esta Ley. Según este autor, cuando la entrega de las viviendas se va a realizar en otra finca, no es necesario que la otra finca ya sea propiedad del cesionario, pues puede ocurrir que en el momento de la primera cesión esté todavía pendiente la adquisición de esa segunda finca como cosa futura.

El segundo aspecto relativo al cumplimiento, es el establecimiento en el art. 3.5 LFC, de los requisitos de integridad y exactitud de la prestación del cesionario, cuando señala que la obra debe entregarse en las condiciones y características pactadas, y si no se hubiera estipulado nada al respecto, deberá entregarse con todos los requisitos de habitabilidad, o los que sean necesarios para el uso a que se destine, es decir, deben cumplirse las normas en materia urbanística.

Según GIMENEZ COSTA <sup>759</sup>, siguiendo a ZURITA MARTIN, considera que lo más novedoso es la integración del contenido del contrato que hace la norma para el caso de no haberse estipulado nada al respecto de cómo se deba de hacer la entrega.

### **6.3. El incumplimiento.**

El incumplimiento del cesionario, se regula en los arts. 3.4 y 6 a 8 de la LCF. Se contempla, un incumplimiento previo, que permite la resolución anticipada con carácter cautelar, que se concede al cedente con el fin de proteger sus derechos en los casos en

---

<sup>758</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001 de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya sobre la cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura.” *op.cit.* pg. 65.

<sup>759</sup> GIMÉNEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña.” *op. cit.* pg. 2.

que sea imposible ajustar la obra al proyecto que se pactó con la licencia otorgada, o en aquellos casos en que no se puedan iniciar las obras en el plazo pactado, tal y como establece el art. 3.4 LCF.

Los arts. 6 a 8 regulan una segunda fase del *iter contractual*, regulando los supuestos de cumplimiento defectuoso y de incumplimiento definitivo.

### **6.3.1 La resolución cautelar: Novedad legislativa**

La posibilidad de la resolución cautelar del contrato a instancia del cedente es uno de los aspectos más novedosos introducidos por la LCF. Con ello, se pretende que la obra que se debe realizar y entregar, se edifique y entregue efectivamente, conforme a lo pactado y en el plazo previsto. Esta facultad es parte esencial del régimen de este contrato, y no necesita pacto, se impone por determinación legal, siendo independiente del régimen ordinario de resolución por incumplimiento. La doctrina entiende<sup>760</sup> que, además del incumplimiento de las condiciones, características o de los términos inicial o final estipulado, habrá de presentar la nota de gravedad que tradicionalmente exige la Jurisprudencia. Se introduce, pues, la posibilidad de instar la resolución en un supuesto en el que se prevé que el cesionario no va a cumplir en las condiciones pactadas, a pesar de que no se haya incumplido la obligación principal de entregar la edificación. La LCF en el preámbulo expone que es “*una facultad de resolución del contrato de carácter cautelar, independiente del régimen normal de la resolución por incumplimiento en el plazo estipulado*”. Se generaliza para todos los contratos, mediante su inclusión en la Ley, de un supuesto que habitualmente introducían las partes como condición resolutoria en el contrato.

La LCF<sup>761</sup>, contempla un concepto de incumplimiento amplio, que incluye la no realización de la prestación y la prestación no conforme con lo pactado, permitiendo la resolución del contrato en determinados supuestos que responden a este concepto y que son los que con mayor frecuencia plantean problemas en los contratos de cesión.

Los supuestos de resolución cautelar que establece la LCF son:

---

<sup>760</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001..” *op. cit.* pg. 68.

<sup>761</sup> PLANA ARNALDOS. M<sup>a</sup> Carmen. *Cesión de solar a cambio de obra futura.* *op. cit.* pg. 324

### 6.3.1.1 Inadecuación de la licencia obtenida a lo pactado en el contrato.

La doctrina, considera que también ha de incluirse en este supuesto, la no obtención de licencia. Esto es así porque si es denegada en virtud de un proyecto presentado con unas determinadas características y posteriormente para obtener la licencia es necesaria la modificación de los inmuebles pactados, en definitiva lo que subyace es una inadecuación de la licencia a lo pactado en el contrato. CABANAS TREJO y SÁNCHEZ PRAT<sup>762</sup> lo definen como un incumplimiento que deviene inevitable, aunque entiende que no puede prescindirse del criterio general que exige una cierta gravedad en el incumplimiento; no debe bastar cualquier discordancia, y menos si no incide con los inmuebles que han de entregarse al cedente. Este supuesto se producirá generalmente cuando el contrato se haya formalizado con anterioridad a la obtención de la licencia de obras, circunstancia admitida por la LCF en el art. 3.1. A este respecto, conviene recordar que, en la práctica, lo habitual es que se formalice primero el contrato entre ambas partes, y posteriormente, la parte cesionaria, solicita, la correspondiente licencia de obras, por lo cual, es frecuente que existan diferencias entre lo convenido por las partes y lo autorizado en la licencia de obras. En este supuesto, la resolución se establece con independencia del incumplimiento contractual y de las responsabilidades derivadas del mismo, pues la causa que origina la resolución se determina de forma objetiva, en el sentido de que solo es necesaria la existencia de esas diferencias para que se pueda proceder a la resolución cautelar.

La discrepancia entre lo pactado y lo que se puede construir conforme al contenido de la licencia, puede calificarse jurídicamente como una ineficacia sobrevenida del contrato, pero el principio de *favor contractus* que preside la regulación ha permitido que la ineficacia del contrato no sea una consecuencia necesaria sino que su efectividad queda a la voluntad del cedente<sup>763</sup>

En relación con este primer supuesto, CABANAS TREJO<sup>764</sup> considera, que es necesario, para que pueda prosperar la resolución, que las discrepancias entre lo pactado y lo autorizado en la licencia sean de cierta gravedad, y que afecten evidentemente a los inmuebles que han de entregarse al cedente. Por tanto, la resolución cautelar por este

---

<sup>762</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001...” *op. cit.* pg. 68

<sup>763</sup> GIMÉNEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña.” *op.cit.* pg.4

<sup>764</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. “Breve apunte sobre la Ley 23/2001...” *op. cit.* pg. 69

supuesto, no puede aplicarse de forma automática, sino que el Juez deberá valorar la gravedad que esas diferencias tienen para declarar la resolución o no del contrato.

### **6.3.1.2 Falta de inicio de las obras en el plazo pactado.**

El plazo al que se refiere este supuesto es el plazo inicial, entendido como aquel en el que tienen que comenzarse las obras, conforme a lo pactado en el contrato, aunque no se haya producido la frustración de su finalidad. La norma, en este supuesto, introduce un principio de imputabilidad cuando dice “por causa que no le sea imputable”, la imputabilidad se refiere a la persona del cedente, pues la demora por caso fortuito va a cargo del cesionario y no enerva la facultad resolutoria.<sup>765</sup>

El hecho de que el contrato se pueda resolver por demora imprevista o inevitable, no implica que el cesionario deba responder totalmente por las consecuencias de un incumplimiento contractual, pues siguen siendo de aplicación los arts. 1105 y 1184 CC, sin perjuicio de que el cedente pueda recuperar la finca. Si existiera incumplimiento culpable por parte del cesionario, debería éste responder por los daños y perjuicios causados. En este supuesto, la Ley atribuye al retraso trascendencia resolutoria con independencia de su causa.

Conforme establece la LCF, para instar la resolución, ya sea de forma judicial o extrajudicial, se exige con anterioridad al cedente que comunique fehacientemente al cesionario su intención de resolver el contrato. En este sentido, esta Ley es más exigente con el cedente que el art. 1124 del CC. Según la doctrina,<sup>766</sup> esta notificación, a diferencia del art. 1504 del C.C, no debe entenderse como una notificación obstativa al cumplimiento, que impida que el cesionario pueda cumplir su prestación posteriormente, pues aunque el art. 7 LCF no lo establece expresamente, tampoco lo prohíbe, si bien la configuración legal de esta notificación no es para que el cesionario cumpla. CABANAS TREJO<sup>767</sup> considera que, una vez notificada la resolución, la Sentencia, dado que la misma no es constitutiva sino declarativa, no puede establecer un nuevo plazo para el cumplimiento, tal y como ocurre en la aplicación del art. 1124 del CC

---

<sup>765</sup> GIMÉNEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña” *op. cit.* pg. 4

<sup>766</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso *op. cit.* pg. 69

<sup>767</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso *op. cit.* pg 69

### 6.3.2 La facultad resolutoria implícita.

Cuando concurra cualquiera de los supuestos anteriores tipificados en la LCF, el cedente puede de acuerdo con la facultad resolutoria implícita, exigir el cumplimiento total y correcto conforme a lo pactado en el contrato, o instar la resolución del mismo. En ambos casos con la indemnización de daños y perjuicios. El cedente podrá optar según le interese, por el cumplimiento o por la resolución.

Sin embargo GIMÉNEZ COSTA<sup>768</sup> entiende que, aun considerando legítima la pretensión de optar por la resolución cuando las deficiencias sean subsanables, es probable que los Tribunales apliquen la doctrina consolidada en relación con el art. 1124 C.C, estimando solamente la resolución cuando sea imposible la ejecución de la obra, o se constate la frustración definitiva del fin del contrato por la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por el deudor, en virtud del principio de conservación del contrato. No obstante, CABANAS TREJO considera<sup>769</sup> que, en estos supuestos, no hay razones para el posible señalamiento de un nuevo plazo por el Juez, tal y como ocurre con el art. 1124 C.C, pues ahora estamos ante una norma especial que establece como consecuencia la resolución. PLANA ARNALDOS<sup>770</sup>, en esta misma línea, considera que con la tipificación de estos supuestos (retraso en el inicio de las obras, falta de licencia) se reconoce eficacia resolutoria a determinados hechos, que, según las reglas generales, sería dudoso que permitan la resolución y que, en muchas ocasiones, se incluían en el contrato como condición pactada.

En nuestra opinión, aunque parece un régimen de incumplimiento excesivamente gravoso para el cesionario, consideramos que el cedente solo recurrirá a este remedio cuando verdaderamente estemos ante un caso de incumplimiento claro y definitivo (como, por ejemplo, cuando existe voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento), ya que si se produce la resolución del contrato, el cedente tendrá que indemnizar económicamente al cesionario incumplidor por la obra construida.

---

<sup>768</sup> GIMÉNEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña.” *op. cit.* pg. 5

<sup>769</sup> CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso. *op.cit.* pg. 69

<sup>770</sup> PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> Carmen. *Cesión de solar a cambio de obra futura. op. cit.* pg. 325

Compartimos la opinión de PLANA ARNALDOS, en el sentido de que la Ley ha introducido la tipificación de estos casos como supuestos de resolución, con la finalidad de proteger al cedente, y que, en definitiva, solamente instará la resolución en casos de incumplimiento absoluto, ya que para el cedente tampoco resulta ventajoso, los efectos de la resolución, al tener que indemnizar por las obras y gastos realizados. A pesar de ello, entendemos también que la Jurisprudencia tendrá que ir perfilando e interpretando esta norma y terminar considerando, en aras de la conservación del contrato, como supuestos de resolución aquellos retrasos y discrepancias entre lo pactado y lo realizado que realmente impliquen una frustración del fin del contrato, evitando de esta forma que el cedente pueda instar resoluciones contractuales abusivas, y pudiendo el Juez señalar nuevo plazo para el cumplimiento de la prestación teniendo en cuenta que la notificación a que se refiere la LCF, no coincide con el requerimiento obstativo del art. 1504 C.C

### **6.3.3. La facultad resolutoria expresa automática**

El art. 6.2 de la LCF permite que las partes puedan estipular que la no realización de la obra en las condiciones, las características y los plazos de ejecución estipulados tengan el carácter de condición resolutoria automática. La ventaja de estipular esta condición pactada es la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, con función de garantía que la inscripción conlleva, pues conforme al art. 37 .1 de la L.H es oponible a terceros, como carga real de la finca cedida.

Sin embargo, el carácter automático de la resolución se modera, en aras de la seguridad jurídica y de protección al cesionario, al exigir el art. 7, para su efectividad, la notificación fehaciente al cesionario y a los terceros titulares de derechos constituidos sobre la finca, y, la no oposición del cesionario a la resolución dentro de los 15 días siguientes. El cesionario, a pesar del carácter automático de la resolución, tiene un margen para poder cumplir u oponerse. Esta regulación provoca la ineficacia de la resolución automática, pues basta que el cesionario se oponga con una simple manifestación para hacer inviable la resolución por este cauce.<sup>771</sup>

---

<sup>771</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert. “La resolució del contracte de cessió de sol per obra”. *La Notaría*. núm. 9-10/2001. septiembre 2001. pg. 5. (consultado el 28-11-2013).



GIMENEZ COSTA<sup>772</sup>, considera que hubiera sido más lógico hacerse eco de los intereses de la sociedad e innovar en este sentido, estableciendo que la simple oposición extrajudicial del cesionario no tuviera efectos tan drásticos como el impedir la resolución automática y la consiguiente reinscripción en el Registro, a nombre del cedente del suelo cedido. La necesidad de protección del cesionario y la seguridad jurídica no puede suponer una paralización del mecanismo de la condición resolutoria, que ha de ser automática solamente con que se den las causas.

La doctrina ha propuesto, para conciliar los derechos del cesionario y la seguridad jurídica, con el automatismo a la condición resolutoria, las siguientes posibilidades:

a) La primera teoría la sostiene, TARRAGONA COROMINA,<sup>773</sup> quien defiende que, con la resolución del contrato, se producirá la reinscripción en el Registro de la plena propiedad a favor del cedente sin posibilidad de oposición extrajudicial del cesionario y, a la vez se reconocerá un derecho de crédito refaccionario a favor del cesionario incumplidor por valor de la obra ejecutada, como afección real sobre la finca, con un término breve de caducidad registral, con la posibilidad de ser sustituida por una garantía bancaria. Esta afección real no deberá gravar los pisos que se ha previsto han de corresponder al cedente.

La posterior resolución judicial determinará si tiene finalmente derecho a la indemnización de daños y perjuicios el cedente, y lo que corresponda respecto del importe del crédito refaccionario establecido a favor del cesionario, por razón de las obras parcialmente ejecutadas. En definitiva, lo que proceda respecto de la liquidación de las relaciones económicas rotas.

b) La segunda teoría la mantiene MARTINEZ SANCHIZ,<sup>774</sup> que propone que, una vez producida la resolución del contrato de cesión, en caso de que no exista oposición por parte del cesionario, se produciría la reinscripción a favor del cedente en el Registro, pero con una simultánea reserva de rango por el tiempo

---

<sup>772</sup> GIMENEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña” *op. cit.* pg. 7

<sup>773</sup> TARRAGONA COROMINA, Miguel. “La cessió de solar per obra futura” *op. cit.* pg. 11.

<sup>774</sup> MARTINEZ SANCHIZ, José Ángel. “El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria” *Anuario de Derecho Civil* octubre-diciembre de 1989. pg. 1193.

que se predetermine, a favor de una posible anotación preventiva de demanda solicitada por el cesionario.

GIMENEZ COSTA,<sup>775</sup> considera que un mecanismo de este tipo es satisfactorio para ambas partes y garantizaría sus derechos jurídicos y económicos, lo que, junto con la constatación social de su funcionamiento y la segura y rápida solución que del conflicto se podría producir, llevaría la figura y la regulación de la cesión que la contuviese, a una gran aceptación.

No compartimos ninguna de las dos teorías anteriores, pues ninguna de ellas evitaría un conflicto entre las partes contratantes, ya que lo único que se pretende en ambas, es restituir a toda costa la titularidad del suelo al cedente. Pero la reinscripción no impide los conflictos relativos a la indemnización de la obra al cesionario, entre otros, abocando a las partes con toda seguridad a un procedimiento judicial. Por otro lado, considero, que el excesivo proteccionismo al cedente conlleva una injustificada desprotección al cesionario y un quebrantamiento del principio de seguridad jurídica, e incluso a la indefensión del cesionario. Entendemos, que la solución ha de ir por otras argumentaciones que concilien los derechos de ambas partes, o bien aceptar que el automatismo total como lo conciben estos autores no es posible. Nos parece más razonable y más justo, lo establecido por la Ley catalana, al permitir al cesionario oponerse a la resolución y admitir que habrá supuestos en los que sea posible la resolución por falta de oposición y otros casos en los que necesariamente habrá que instar la demanda judicial, por oposición del cesionario.

## **7. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN LA LCF**

En el CC, el problema que surgía, una vez resuelto el contrato de cesión de solar, era la restitución del solar al cedente, cuando la obra ya había dado comienzo, pues el cedente no recupera el solar tal y como lo entregó. La doctrina sostenía que el cedente debía indemnizar al cesionario por el valor de las obras realizadas en el solar, existiendo discrepancia en cuanto a la figura a adoptar, (siendo la más aceptada la figura de la

---

<sup>775</sup> GIMENEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña.” *op. cit.* pg. 8.

accesión) y en cuanto a la valoración de la obras, lo más aceptado es la aplicabilidad de las normas de los estados posesorios. El art. 8 de la Ley 23/2001 resuelve la cuestión, determinando expresamente la aplicabilidad de las normas de la accesión, de tal forma que una vez resuelto el contrato, el cedente recupera la propiedad de lo que había cedido y hace suya por accesión la obra realizada, con la obligación de resarcir por ello al cesionario y a los terceros en caso de que resulte procedente.

Para determinar previamente los efectos de la resolución habrá que estar primero a lo acordado por las partes al concluir el contrato,<sup>776</sup> que habrán podido pactar cuáles sean las consecuencias de la resolución, conforme al art. 1255 C.C y art. 6.2 LCF. En defecto de pacto entre las partes, es cuando será aplicable el art. 8 LCF, recuperando en este caso el cedente la propiedad del terreno cedido y haciendo suya por accesión la propiedad de la obra realizada, siempre que el solar no haya sido adquirido por terceros de buena fe. La recuperación de la propiedad se realizará si previamente el cedente ha pagado la indemnización correspondiente al cesionario, o a los terceros. Estos últimos, tendrán derecho a cobrar la indemnización si tras la resolución del contrato y la recuperación de la propiedad por el cedente, han perdido los derechos que hubieran adquirido del cesionario. A *sensu contrario*, no tendrán derecho al cobro de la indemnización aquellos terceros que conserven su derecho. Tampoco tendrían derecho a la indemnización los terceros que perdieran sus derechos por ser posteriores a la anotación preventiva de la demanda de resolución conforme al Auto de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional del 18 de julio de 2000.<sup>777</sup>

El resarcimiento al cesionario, dado que la adquisición de la obra por el cedente se produce por accesión, se realizará conforme a su régimen jurídico,<sup>778</sup> de tal forma que,

---

<sup>776</sup> REPRESA POLO, Mª Patricia. “Efectos de la resolución por incumplimiento en la Ley catalana de cesión de solar por construcción futura”. *La Notaría* 2008. núm. 9-10. pg. 208.

<sup>777</sup> CABANAS TREJO, R. MICÓ GINER, Javier. y JUAREZ, Máximo Javier: “La Ley 23/2001, de 31 de diciembre de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura” *La Notaria*. 2002-2 pg. 43. Auto de la Sala 1ª Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2000 (RJ 181/2000).

<sup>778</sup> Actualmente la accesión está regulada en el Libro 5º del CCcat. mediante la Ley 5/2006 de 10 de mayo art. 542-1-14. Dicho art. Regula tanto la accesión directa, como la inversa en función del mayor o menor valor del suelo y de la edificación. Anteriormente estuvo regulada por la Ley 25/2001 de 30 de diciembre. Con anterioridad se reguló en el art. 278 de la Compilación Civil Catalana. El art. 278 de la Compilación regulaba parcialmente el supuesto de construcción, plantación o siembra en terreno ajeno.

CARRASCO PEREDA, Ángel. “La accesión: la construcción extralimitada”. *La Notaria*. 2001. núm. 9-10. pg. 35. “La regla procedía del *Usatge si quis in alieno*. Sólo se regulaba el aspecto clásico de la accesión en suelo ajeno, y no se consideraba el conflicto desde el punto de vista de la adquisición de la propiedad, sino desde la perspectiva del derecho de retención que para el cobro del reembolso correspondía al poseedor de buena fe. Por eso, en caso de mala fe sólo se preocupaba el legislador de privar del derecho de cobro y de retención, sin percatarse de la posibilidad del dueño de pedir la

considerando que el cesionario es un poseedor de buena fe, el cedente hará suya la totalidad de la edificación abonando el importe total de los gastos efectuados en la construcción, tal y como recoge el art. 542-7 del CCCat. Pues parte de la doctrina entendía que solamente debía aquellos que sean necesarios.

Sin embargo, entendemos que es aplicable en este caso el art. 542-7 del CCCat. de manera que en el supuesto de que el propietario haga suya la totalidad de la edificación, debe abonar los todos gastos efectuados en la construcción, tal y como se deduce de la letra de la Ley.<sup>779</sup> De esta forma, se supera la controversia que existe en el

---

*demolición de lo edificado. Tampoco se consideraba que la solución elegida podía ser muy costosa para el propietario, cuando el poseedor era de buena fe, pues se le obligaba a pagar una cantidad de dinero, con independencia del valor de mejora que tuviere la finca, y sin poder librarse de esta obligación imponiendo al constructor una venta forzosa.”*

En este mismo sentido se pronuncia más recientemente la SAP de Barcelona (Sección 4ª), Sentencia 399/2009 de 22 de julio. Recurso de Apelación 980/2008, (RJ 2009,464458). Magistrado Ponente Ilma. Sra. Mercedes Hernández, Ruíz-Olalde, que en su fundamento segundo dice: “*Debe significarse que en el Derecho Civil Catalán no regía el art. 361 del Código Civil, sino el art. 278 de la Compilación, si bien en algunos casos la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tratándose de construcciones extralimitadas, ha aplicado la teoría de la accesión invertida desde la inicial sentencia de 22 de Julio de 1991. En efecto, no debe olvidarse que el artículo 361 del CC. no era aplicable en Cataluña porque la Compilación de Derecho Civil de Cataluña se acogía a un criterio distinto, siguiendo el Usatge si quis in alieno pues en el art. 361 del Código, se formula una declaración de derechos a favor del dueño del terreno en que se edificó, plantó o sembró de buena fe, concediéndole una opción entre hacer suya la obra plantación o siembra, previa indemnización de los gastos, conforme a lo dispuesto en los arts. 453 y 454 del CC, relativos a la indemnización debida al poseedor de buena fe por los gastos necesarios, útiles y de lujo, o bien obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente, por el contrario el art. 278 de la Compilación se regula el caso partiendo de los derechos del que ha edificado que son esencialmente el de percibir el importe de lo hecho, con un amplio derecho de retención para el supuesto de que no se le satisfaga pagando, afianzando o consignando judicialmente.*

*Se trataba por tanto de dos acciones distintas de las que se confieren por los arts. 361 del CC. y 278 de la Compilación. Claramente se ha pronunciado respecto a la inaplicabilidad del art. 361 del CC. el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en las sentencias de 1 de marzo de 1993, 19 de mayo de 1993, y 29 de septiembre de 1993, siendo especialmente relevante en esta materia relativa a la distinción entre las dos modalidades de accesión, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 10 de mayo de 1993, que en su fundamento jurídico tercero, declara “ que el artículo 361 del Código Civil que se cita como infringido no constituye Derecho vigente en Cataluña, por resultar excluido por un precepto incompatible del Derecho Catalán, cual es el art. 278 de la Compilación, que no se limita a conformar un mejor derecho de retención, sino que regula además los efectos jurídicos de la edificación de buena y mala fe en terreno ajeno, sin que en el caso de edificación de buena fe se contemple un derecho de opción como por el contrario se recoge en el art. 361.”*

Sin embargo, también hay casos en los que las pretensiones sobre accesión se han fundamentado en los arts. 361, 453, 454 CC. En este sentido SAP Barcelona (Sección 17) de 5 de noviembre (RJ 2003,99924); SAP de Barcelona de 30 de enero de 2002 (RJ 2002,111862); SAP Barcelona de 15 de enero de 2001 (RJ 2001,114286)

<sup>779</sup> VAQUER ALOY, Antoni; MIQUEL SALA, Rosa; COSIALLS UBACH, Andrés Miguel. “La construcción extralimitada en el llibrecinque del Code Civil de Catalunya: Algunes notes crítiques.” *Revista Catalana de Dret Privat*. Sociedad Catalana d’estudis jurídics. Volumen 7 (2007). pg. 133 que en relación a los gastos dice: “*En cuanto a las “depenses”, en el CCCat. se abandona el término “cost” que se utiliza en el art. 8.1 de la LAO y tampoco se utiliza la expresión del art. 278 del CC, sino que incluye otros gastos realizados con motivo de la construcción, como la preparación del terreno, honorarios de arquitecto y aparejadores, la licencia de obras etc.”*

régimen establecido en el art. 361 CC, cuando se remite al sistema de la liquidación de los estados posesorios, establecido en los artículos 453 y 454 CC, que distingue entre gastos útiles y necesarios, y que tanta polémica doctrinal ha suscitado. En este sentido también se pronuncia la STS de 5 de noviembre de 2002,<sup>780</sup> cuando reconoce que son indemnizables, no sólo los gastos realizados estrictamente en la construcción, sino también los gastos realizados impuestos por normas administrativas.

En nuestra opinión, considero que el Código Técnico de la Edificación <sup>781</sup>ha clarificado los gastos que deben ser considerados necesarios, puesto que es de obligado cumplimiento en las obras de nueva construcción y en las de rehabilitación.

En cuanto a la idoneidad de la solución establecida en el art. 8.1 LCF REPRESA POLO<sup>782</sup>, considera que, aunque este régimen se ha introducido para proteger al cedente, como parte más débil, en la mayoría de los supuestos no le beneficiará en tanto en cuanto el abono de la indemnización será excesivamente costoso, no pudiendo hacer frente a la misma, pues precisamente será la falta de recursos para acometer la obra, lo que habrá conducido al cedente, a celebrar este tipo de contrato.

En esta misma línea PLANA ARNALDOS,<sup>783</sup> considera que la regulación contenida en el art. 8.1 tiene el inconveniente de la excesiva onerosidad. Por ello, consideran<sup>784</sup> que cuando no concurren los presupuestos del art. 8.2 LFC, que autorizan

---

<sup>780</sup> SAP de Barcelona (Sección 17ª), de 5 de noviembre de 2002, Recurso de Apelación 727/2002, (RJ 2003,99924), Magistrado Ponente Ilmo. Sra. Dª Amelia Mateo Marco, que en su fundamento de derecho cuarto recoge: “Sentado lo anterior, la solución de la cuestión litigiosa pasa pues por la aplicación del art. 361 CC, como ha resuelto la sentencia de primera instancia, en la que con total aquiescencia de éstos, que la han consentido, se condena a los demandados al pago de la cantidad de 12288,80 €, para que puedan hacer suya la construcción levantada por la actora en su finca, por lo que procede ahora pasar a examinar la pretensión mantenida en el recurso de la parte actora, con carácter subsidiario de que se incluyan también además del importe satisfecho a la constructora, el de los , igual consideración tienen los otros conceptos por los que se reclama, y que ascienden a la cantidad de 9.345,85€, ya que todos ellos han de abonarse para poder levantar aquella, y su devengo venía además impuesto por normas administrativas que exigen la obtención de la preceptiva licencia de obras, y la intervención de tales técnicos.”

<sup>781</sup> El Código Técnico de la Edificación (CTE), se regula en el R/D 314/2006 de 17 de marzo. (BOE 74 de 28 de marzo de 2006). Es el marco normativo que establece las exigencias que deben cumplir los edificios con relación a los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad, conforme a lo establecido en la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre de Ordenación de la edificación.

<sup>782</sup> REPRESA POLO, Mª Patricia. “Efectos de la resolución por incumplimiento en la Ley catalana de cesión de solar por construcción futura”. *op. cit.* pg. 209

<sup>783</sup> PLANA ARNALDOS, Mª Carmen. *Cesión de solar a cambio de obra futura.* *op. cit.* pg. 326

<sup>784</sup> REPRESA POLO, Mª Patricia. “Efectos de la resolución por incumplimiento en la Ley catalana de cesión de solar por construcción futura”. *op.cit.* pg. 209

al cedente a exigir el derribo de la construcción, hay que reconocérsele la facultad de exigir al cesionario la compra forzosa del solar, en los términos contenidos en el art 542-7 del CCCat cuyo precio será el acordado por las partes, o en su defecto, el valor que tenga el solar en el momento de la resolución, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios. El cesionario tendrá derecho a retener la construcción conforme al art 569 del CCCat. tal y como recoge en el derecho común el art. 453 CC, en tanto en cuanto el cedente no abone la indemnización.

El art. 8.2, establece que el cedente puede exigir al cesionario el derribo de la obra a cargo de este último, si el coste de la finalización o adaptación de las obras ejecutadas a las efectivamente pactadas es superior a la mitad del coste de la construcción prevista. Esta medida, es una cuestión absolutamente novedosa en la LCF, y ha sido recogida actualmente en el art. 542 del CCCat. para los casos de accesión cuando el constructor ha actuado de mala fe, aunque limitado si el derribo produce un perjuicio desproporcionado a los constructores según las circunstancias específicas del caso. A este respecto, hay autores que<sup>785</sup> consideran que el ejercicio de esta opción de demoler la obra construida no deberá admitirse cuando existan terceros que resulten perjudicados, ni cuando la finca se encuentre hipotecada, conforme establece la RDGRN de 16 de Septiembre de 1999, ni tampoco cuando la obra esté próxima a su conclusión o haya finalizado, aunque no sea de acuerdo con las características, o condiciones pactadas pues considera que en este caso el resultado antieconómico del derribo es evidente. En este mismo sentido se pronuncia también GIMENEZ

---

<sup>785</sup> REPRESA POLO, M<sup>a</sup> Patricia. “Efectos de la resolución por incumplimiento en la Ley catalana de cesión de solar por construcción futura”. *op.cit.* pg.210; GIMENEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña.” *op cit.* pg. 10; RUDA GONZALEZ, Albert. *op.cit.* pg. 8. Entiende este autor, que *“esta consecuencia sólo se puede producir en aquellos supuestos en que se produce el efecto de resolución previsto en el art. 6.5, pues de lo contrario se estaría permitiendo un ejercicio de la facultad que el art. 6.6 concede al cedente contrario a la buena fe o constitutivo de un abuso de derecho (art. 7.2 CC).”*

Por su parte, BADOSA COLL, Ferrán y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. “La cessió de finca o edificabilitat a canvi de construcció futura: estudi preliminar.” *op. cit.* pg. 18. Dicen: *“Finalmente, el art. 8.2 LCF establece, también en materia de los efectos de la resolución, una norma interesante basada en el análisis económico del derecho. En efecto, hemos de tener en cuenta que los efectos de la resolución pueden resultar muy onerosos para el cedente: recupera el terreno, pero con un edificio a medio construir que, además le ha costado dinero; y todavía le constará más dinero, porque habrá de acabar el edificio. Es por este motivo que el art. 8.1 LVF da al cedente la opción siguiente: Cuando el coste de la finalización de las obras, o en su caso de la adaptación de las realmente ejecutadas a los pactos establecidos en el contrato sea superior a la mitad del coste de la construcción pactada, la persona cedente podrá optar por el derribo a cargo de la persona cesionaria”.*

COSTA.<sup>786</sup> REPRESA POLO,<sup>787</sup> entiende, por su parte, que cuando la obra haya finalizado aunque no de acuerdo con las características, o condiciones pactadas, nos encontraremos ante un supuesto de *Aliud pro alio*, de tal forma, que la restitución del solar no será posible, por cuanto ha desaparecido como tal en cuyo caso, el cesionario quedará obligado a la entrega por el equivalente, junto con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (art. 1166 C.C).

En virtud de lo anterior, el cesionario adquiere la propiedad del solar, lo que se ha calificado como accesión invertida, al adquirir el cesionario la propiedad del solar por el mayor valor de la construcción respecto del suelo. Esta posibilidad ya la había recogido la jurisprudencia en STS de 5 de julio de 1989<sup>788</sup> y actualmente se recoge en el art. 542-9 del CCCat. que impone al constructor la obligación de adquirir el suelo, cuando establece que si la construcción tiene un coste igual o superior al precio del solar, siempre que se den una serie de presupuestos como la buena fe del constructor y la indemnización al propietario del suelo por el valor del mismo y los daños y perjuicios, el cesionario debe adquirir por accesión invertida el solar.

REPRESA POLO<sup>789</sup>, considera esta solución poco acertada debido a que en estos supuestos nos encontramos ante un contratante incumplidor por lo que no puede beneficiarse con la adjudicación automática del solar por el simple hecho de tener mayor valor que la obra, y cree más acertada la solución de que sea el cedente, siempre que actúe de buena fe, quien debe optar entre imponer la compra del terreno con la correspondiente indemnización o el derribo de la obra si concurren los presupuestos del art. 8.2 LCF. En este mismo sentido se pronuncia PLANA ARNALDOS<sup>790</sup>, al considerar que el legislador catalán podría haber permitido, al igual que establece el art. 361 CC, que el cedente pudiera imponer al constructor la compra del terreno.

---

<sup>786</sup> GIMENEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña”. *op. cit.* pg. 10

<sup>787</sup> REPRESA POLO. M<sup>a</sup> Patricia. “Efectos de la resolución por incumplimiento en la Ley catalana de cesión de solar por construcción futura”. *op. cit.* pg. 210

<sup>788</sup> STS (Sala de lo Civil) de 5 de julio de 1989, (RJ 1989,5400), que en su fundamento segundo dice: “... pues la restauración al origen de la situación será difícil, por lo que cabe recurrir a las normas sobre accesión industrial, o el juego específico de la accesión invertida de nuestro art. 361 CC, y claro es al margen de las particulares garantías para ese evento que se hayan convenido, como abono de indemnización...”

<sup>789</sup> REPRESA POLO, M<sup>a</sup> Patricia. “Efectos de la resolución por incumplimiento en la Ley catalana de cesión de solar por construcción futura”. *op. cit.* pg. 210

<sup>790</sup> PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> Carmen. *Cesión de solar a cambio de obra futura. op. cit.* pg. 326

GIMÉNEZ COSTA,<sup>791</sup> se muestra también crítica con la solución adoptada por el legislador catalán, pues considera, que hubiera sido más acertado establecer la posibilidad de conceder al cedente la posibilidad de obligar al cesionario a adquirir el solar por el precio que ambos acuerden, remitiéndose para ello a la STS de 7 de Julio de 1990.<sup>792</sup>

Coincidimos con las opiniones de la doctrina anterior, pues no parece lo más justo que la solución final dependa del cesionario incumplidor, considerando más acertado que fuera el cedente el que pudiera optar por la solución que le pareciera más satisfactoria a sus intereses. No hay que olvidar que la finalidad de esta Ley es la protección del cedente de tal forma que, quizás al ser éste en la mayoría de los casos económicamente la parte más débil, el legislador con este precepto, haya considerado que ante una obra prácticamente terminada o ante un supuesto de *aliud pro alio*, la solución menos gravosa para el cedente, fuera la de obligar al cesionario que adquiera el solar por accesión, indemnizando al cedente por su valor. En definitiva, se intenta conciliar, la satisfacción de interés del cedente con la solución económica más razonable desde el punto de vista social.

Consideramos que, tras la entrada en vigor del CCCat. y que la propia LCF se encuentra integrada en el mismo, hubiera sido aconsejable, que se hubiera unificado el régimen establecido para la accesión en el art. 547 de dicho cuerpo legal, con el art. 8.1 de la LCF, en el sentido de aplicar, al cedente, los derechos que para el propietario de buena fe se contemplan en dicho artículo.<sup>793</sup>

---

<sup>791</sup> GIMÉNEZ COSTA, Ana. “Los supuestos de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña”. *op. cit.* pg. 10

<sup>792</sup> STS (Sala 1ª), de 7 de julio de 1990. (RJ 5782,1990).Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid De Temes. que en su fundamento de derecho tercero dice: “...calculándose el precio del terreno, no por el valor que tuviera al tiempo de la edificación, sino conforme a las bases de equidad que el juzgador sienta para el trámite de ejecución de sentencia no atacadas en el recurso, al encontrarnos ante el ejercicio de una opción similar a la contenida en el art. 361 del CC, al que se remite, en idéntica solución, el art. 364 del propio texto legal, al no poder hablarse de una porción de terreno concreta, sino de una cuota sobre la misma.”

<sup>793</sup> MARSAL GUILLAMET, Joan. “L’accessio: de la compilació al llibre cinque del codi civil de Catalunya”. *Revista Catalana de Dret Civil*. Societat Catalana d’ estudis jurídics. Volum 6 (2006). pg. 19.



Una nueva cuestión se plantea, a partir de la aprobación del Libro cinco del CCcat, en lo relativo a la existencia del derecho de retención, pues este Libro no prevé nada cuando el incorporador es de buena fe, como lo hacía la LAO en su art. 16. En este sentido, la doctrina entiende que es aplicable a los casos de accesión,<sup>794</sup> por lo que el cesionario podrá retener la obra construida hasta que le sea reembolsado su importe por el cedente.<sup>795</sup> En el CCCat, el derecho de retención, que permite el reembolso de las impensas útiles y necesarias, se configura como un derecho real de garantía, oponible *erga omnes*, y que faculta a su titular para realizar el valor del bien,<sup>796</sup> pero el cesionario sólo tendrá derecho a reembolsarse los gastos necesarios realizados en la obra, no aquellas mejoras útiles pero no necesarias u obligatorias.

El art. 8.1 de la LCF en relación a los efectos de la resolución frente a terceros, hace referencia a la obligación de indemnizar además del cesionario a terceros si procede. En relación a éstos últimos surge el problema de determinar que debe entenderse por terceros. Y si entre ellos, ha de entenderse toda persona que haya que por cualquier título haya adquirido parte de la obra realizada que haya de entregarse al

---

<sup>794</sup> Ley 31/2001 de 31 de diciembre de accesión y ocupación. Esta Ley estuvo vigente desde el 18 de abril de 2002 hasta el 1 de Julio de 2006. El art. 18 de la LAO decía: *“Por derecho de accesión inmobiliaria pertenece a la persona propietaria de una cosa principal lo accesorio que se adhiere natural o artificialmente y que se integra en una sola cosa de forma indivisible, estable y duradera”*. El art. 16 se refería al derecho de retención: *“La persona que haya plantado, sembrado y construido algo de buena fe en suelo ajeno puede ejercer el derecho de retención o el pago a la persona que construye y subsidiariamente a la persona titular de la propiedad de la finca, si ésta lo ha adquirido por accesión la edificación que ha construido una tercera persona”*. El art. 17 se refería a la extinción del derecho de retención: *“El derecho de retención se extingue cuando la persona propietaria de la finca reintegra, afianza o consigna judicial o notarialmente el importe de la indemnización o el resarcimiento”*. Posteriormente se promulgó la Ley 5/2006 de 10 de Mayo Libro 5º del CCCat. relativo a los Derechos Reales, que sustituye en cuanto a la accesión a la Ley 31/2001 de 31 de diciembre. Viene regulada en el art. 542-3.

<sup>795</sup> MARSAL GUILLAMET, Joan. *“L’accesio: de la compilació al llibre cinque del codi civil de Catalunya”* op. cit. pg. 43. *“El derecho de retención en el CCCat. no se trata de una garantía atribuida específicamente al derecho de crédito del incorporador, sino del derecho de retención que corresponde a quién ha realizado gastos útiles en un bien ajeno. La ausencia de regulación en materia de accesión, es que el objeto del derecho de retención del incorporador no sigue a la incorporación, sino a la cosa mejorada. Es decir, el derecho de retención, recae tanto en el suelo como en lo que se va a incorporar porque jurídicamente son un solo bien inmueble (art. 569.3 CCcat). El cambio de objeto hace que siempre se pueda constituir el derecho real de retención y además que siga operativa la facultad de realización del bien por parte del titular de la garantía”*.

<sup>796</sup> GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo. *“Ámbito natural y límites del ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña”*. Indret 4/2012. pgs. 12 y 15. *“Esta posibilidad es semejante a la reconocida en la legislación civil estatal en el art. 453 del CC. Inicialmente, sin embargo, la Ley 22/1991, a diferencia del legislador estatal, preveía que el ejercicio del derecho de retención se extendiese a los gastos estrictamente necesarios para la conservación del bien, y no es sino posteriormente cuando la ley 19/2002 procederá a modificar el art. 4.1 de la Ley 22/1991, en el sentido de hacer extensivo el derecho de retención para el “rescabament de les despeses útils”, pero siempre que en todos los casos tanto mejoras útiles como necesarias, haya un derecho a reclamar el reembolso de aquellos gastos”*.

cedente, por lo que en este caso, y conforme a la letra del art. 8.1 de la LCF, habría que resolver todos los contratos traslativos de dominio que hayan sido realizados por la cesionaria. La SAP de Barcelona de 27 de noviembre de 2013<sup>797</sup>, entiende que lo expresado anteriormente iría en contra de la seguridad jurídica, por lo cual en estos casos, aunque la LCF, se exprese en esos términos, en los casos en que no pueda llevarse a cabo la devolución del inmueble por haberlo transmitido a un tercero, la solución correcta sería la prevista en el art. 1295 del CC, por la remisión que hace el art. 1123 de ese mismo texto legal. De manera que el cesionario debería indemnizar al cedente con una cantidad equivalente al valor del inmueble que debía ser entregado y ha sido transmitido a un tercero.

Por último, y como conclusión general a esta Ley, aunque la mayor parte de la doctrina considera que la Ley catalana no aporta ningún aspecto nuevo, que no estuviera con anterioridad regulado en el Derecho común e interpretado por la Jurisprudencia, sí es cierto que hay que valorarla de forma positiva desde el momento que reviste un plus de legalidad a las argumentaciones jurisprudenciales, al acogerlas en los diversos artículos de la ley, evitando las posibles argumentaciones contradictorias por los Tribunales en supuestos similares, y aportando por tanto seguridad jurídica a las partes. Ha impuesto claridad en aspectos tan discutidos como la aplicación de la figura de la accesión y la valoración de los gastos, que tantas controversias ha levantado en cuanto a su aplicación a este contrato en la doctrina patria.

En punto a la eficacia de esta Ley desde el punto de vista de la economía del Derecho, habrá que analizar si, como consecuencia de la misma, ha disminuido el número de litigios, o si efectivamente se ha conseguido la finalidad de la misma, la protección de la parte más débil. Si con la legislación de las argumentaciones jurisprudenciales se consiguen esos objetivos, considero que la Ley catalana ha de ser valorada positivamente.

---

<sup>797</sup> SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 27 de noviembre de 2013. Sentencia 534/2013. Recurso de apelación 88/2012. (RJ 2014,52514) Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Paulino Rico Rajo.

## 8. EL DERECHO DE VUELO EN LA LEGISLACION CATALANA.

Las partes en el contrato de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura, pueden configurar la operación en base a las dos modalidades recogidas en el art. 2.1a i4 LCF, como transmisión total de la finca al cesionario adquiriendo éste *ab initio* su propiedad, o conforme a la modalidad de cesión de la edificabilidad al cesionario conservando el cedente la propiedad del suelo. Cuando se opta por esta última posibilidad, las partes además del aspecto obligacional propio del contrato de cesión, suele instrumentalizar la cesión de edificabilidad mediante la constitución de un derecho de vuelo. También acudirán a la figura del derecho de vuelo, en los casos de rehabilitación de fincas construidas.

El cesionario, obtiene una titularidad de un derecho real, que le va a permitir gestionar todo el proceso edificatorio como dueño de la obra, y a la vez va a permitir el acceso al Registro de la Propiedad mediante la figura de la prehorizontalidad conforme al art. 8.4 de la LH, una vez comenzada la obra. El cesionario va a conseguir la financiación de la construcción a través de préstamos hipotecarios mediante la constitución de hipoteca sobre las diversas unidades constructivas que le correspondan. El cedente, va a conseguir salvaguardar con seguridad, los inmuebles en construcción que le corresponden.

Nos parece interesante analizar, cómo se regula el derecho de vuelo en la legislación catalana, porque a diferencia del Derecho Común, (que expresamente no lo regula, salvo en el RH en lo relativo a su inscripción) lo ha integrado en el CCCat y a sus preceptos deberán adecuarse a la constitución de ese derecho en Cataluña.

La Ley 5/2006 de 10 de mayo, del libro quinto del CCCat configura el derecho de vuelo como un derecho real sobre un edificio o un solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones. La regulación del derecho de vuelo, contiene novedades importantes en relación con la regulación anterior, como por ejemplo la distinción clara entre derecho de vuelo y derecho de superficie. Así, la superficie puede gravar cualquier tipo de fincas, ya sean rústicas o urbanas y puede tener por objeto edificaciones futuras, así como edificaciones ya existentes o plantaciones. Por el contrario, el derecho de vuelo, se establece como un derecho

urbano, porque presupone la existencia de un edificio o un solar edificable y en consecuencia, unas obras de sobreelavación, subedificación o edificación futuras o previstas, que una vez realizadas, configurarían el régimen de propiedad horizontal y la adquisición por el titular de lo que ha construido. Por su parte, el derecho de superficie, no finaliza en el régimen de propiedad horizontal, y la propiedad que adquiere el titular del derecho es resoluble por naturaleza, revirtiendo al propietario del inmueble una vez transcurrido el plazo convenido que no puede ser superior a 99 años.

En cuanto a su constitución puede ser por reserva del derecho de vuelo, conforme al art. 553.13 del libro quinto del CCCat que establece que el derecho reservado para sobreelevar que se constituye a favor de los promotores o de terceros es válido y que se pueden otorgar las sucesivas declaraciones de obra nueva redistribuyendo las cuotas de participación.

Los requisitos para la constitución del derecho de vuelo vienen regulados en el art. 567.2 del libro quinto del CCCat, estableciendo el número máximo de plantas que se pueden construir, la determinación del número máximo de elementos se considera también en ciertos casos. En relación a estos requisitos, puede decirse, que el legislador catalán, los ha introducido en cumplimiento del principio de especialidad o determinación, exigiendo por tanto, el contenido, extensión y alcance del derecho constituido. Si bien, estos requisitos, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico común, no son requisitos de inscripción como sucede con el art. 16.2, sino que son requisitos necesarios para la existencia del propio derecho. En este sentido, cabe preguntarse, si dentro del derecho de vuelo en Cataluña, tienen cabida los derechos constituidos de forma indeterminada, o si realmente estos requisitos son una exigencia insoslayable para la propia existencia del derecho. Esto es así, porque en el derecho civil común, el derecho de vuelo no necesita del cumplimiento de estos requisitos para existir y ser válido. Sin embargo, parece ser que el derecho catalán, exige para su propia constitución el cumplimiento de los mismos.

También se plantea, la cuestión de si en el derecho catalán, la inscripción del derecho de vuelo, es de carácter constitutivo, al exigir para la constitución válidamente

del derecho la escritura pública. A este respecto, MARSAL GUILLAMET<sup>798</sup> entiende que no es un derecho de inscripción registral constitutiva, porque no comporta legitimación posesoria a su titular durante el periodo de tiempo en que éste decide si ejerce o no la facultad de construir, por lo que no es más que un requisito de oponibilidad del derecho a terceros adquirentes de buena fe.

## **9. EL DERECHO DE VUELO EN LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ENTIDADES JURÍDICAS DE CATALUÑA**

El estado de las autonomías, reconocido en la CE, ha propiciado la cesión de algunas competencias estatales a las Comunidades Autónomas, conforme al art. 149 de la Carta Magna. Estas cesiones de competencias del Estado, son recogidas a su vez en los Estatutos de Autonomía. Así el vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña, establece en el art. 147.2, la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de régimen de recursos sobre la calificación de los títulos o cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deben tener acceso a un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña. La Ley 5/2009 de 28 de abril de la Generalitat de Cataluña, reconoce estas competencias <sup>799</sup> a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, dependiente del Departamento de Justicia del gobierno catalán, cuyo Preámbulo fundamenta esta asunción competencial, en la preservación y protección del derecho catalán. Las RRDGDEJ deben publicarse en el Diario Oficial de la Generalitat de de Cataluña.<sup>800</sup>

La DGDEJ de Cataluña, se ha pronunciado con relación al derecho de vuelo resolviendo y concretando los aspectos dudosos que han surgido con relación a la inscripción de este derecho real en Cataluña, tras su regulación en el CCCat.

---

<sup>798</sup> MARSAL GUILLAMET, Joan. “Resolució d’1 de desembre de 2010. (DOGC núm. 5795, de 13.1.2011). Recurs a efects doctrinals. Dret de vol” *Indret* 2/2011. pg. 14.

<sup>799</sup> El art. 1 de la Ley 5/2009 de 28 de abril de la Comunidad Autónoma de Cataluña. (BOE 20.05.2009), en su art. 1 dice: “*La presente ley regula el régimen de recursos contra la calificación negativa de los títulos o de sus cláusulas concretas que deben inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña, siempre y cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en normas de derecho catalán o su infracción*”.

<sup>800</sup> El art. 5 de la Ley 5/2009 de 28 de abril respecto a la publicidad de estas resoluciones dice: “*Las Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas deben publicarse en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*”.

La RDGDEJ de 22 de abril de 2010<sup>801</sup>, a pesar de la exigencia de determinar el número de plantas a edificar, admite la posibilidad de que estas no estén determinadas en un principio, con la posibilidad de su determinabilidad por otros criterios establecidos. Así, en el supuesto contemplado en dicha Resolución, el Registrador, califica como defecto, la no constancia de un término para ejercitar el derecho de subsuelo, conforme exige el art. 567-2-1c del CCCat. El administrador de la sociedad adquirente, presenta recurso contra los motivos de no inscripción expresados en la nota de calificación. La DGDEJ, estima el recurso en relación al motivo de la falta de determinación del plazo fijado para el ejercicio del derecho, por entender, que a pesar de no haberse establecido expresamente, este es determinable a partir de los datos que figuran en la escritura de constitución del Derecho de vuelo, en concreto, las partes habían pactado que se solicitaría licencia de obra dentro del año siguiente a la elevación a público del contrato, y que las obras se iniciarían en los 60 días siguientes, a la obtención de la licencia de obras y que el plazo de duración de las mismas, sería de 24 meses.

En relación a esta Resolución, MARSAL GUILLAMET<sup>802</sup>, considera que existía más complejidad que la que anunciaba la DGDEJ, y entiende que permitir la inscripción de un derecho de vuelo con una duración tan poco clara, se transformará en dificultades para cancelar dicho derecho, en el supuesto de que transcurra el término pactado sin ejercitarlo.

La RDGDEJ de 1 de diciembre de 2010<sup>803</sup> plantea el supuesto de la existencia de un derecho de vuelo, sin construir una nueva planta. En este sentido, la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del CCCat configura el derecho real sobre un edificio o un solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones. Por ello, el Registro número 2 de Manresa, rechazó la inscripción del derecho de vuelo, al entender, que en este supuesto, no se edificaba una planta sobre un edificio, y por tanto no era ajustado a lo establecido en los artículos 567-1 y 567-5. Entendía que no existía un paralelismo entre la edificación de una nueva planta *ex novo* y las obras de rehabilitación, que permitiera a quién realiza la rehabilitación hacer suyas las obras por

---

<sup>801</sup> RDGEJ de 22 de abril de 2010. (DOGC núm. 5639 de 31-05-2010).

<sup>802</sup> MARSAL GUILLAMET, Joan. “Resolució de 22 de abril de 2010 (DOGC núm. 5639 de 31.5.2010)” *Indret* 3/2010. Pg. 16

<sup>803</sup> RDGDEJ de 1 de diciembre de 2010. JUS/4284/2010. DOGC 13-01-2011.

concesión del propietario. En este sentido, el Registro entendía, que la parte rehabilitada seguía perteneciendo al propietario del edificio en el que se realicen las obras de rehabilitación. La rehabilitación, razonaba la calificación del registrador, no es nada más que convertir en habitable o utilizable todo o una parte del edificio, y en ella no hay edificación o construcción sobre la que recaiga un nuevo derecho de dominio que únicamente podría existir en virtud de un contrato traslativo realizado por el titular del edificio a favor del rehabilitante, por cuanto falta el objeto que singularmente puede ser adquirido por quien realiza la rehabilitación y la causa de adquisición. Contra esta calificación, se presentó el consiguiente recurso ante la DGEJC, quien lo estimó el recurso y accede a la inscripción, basándose para ello, en una interpretación finalista de las normas. Y considera que es procedente la constitución de un derecho de vuelo que tiene por objeto la construcción de una nueva vivienda en el espacio que antiguamente ocupaba la buhardilla de la casa gravada, que una vez construida la nueva vivienda, quedará sometida al régimen de propiedad horizontal.<sup>804</sup>

Entendemos que en esta resolución se aprecia, como la DGEJC, hace una interpretación más extensa del concepto de vuelo, que la propia ley, que en su literalidad sólo admite, la construcción de nuevas plantas sobre un solar o sobre edificio existente. Ciertamente, resulta una resolución interesante, desde el momento, en que entiende, que la transformación mediante la rehabilitación y el cambio de uso de un espacio, suponen un aumento de valor de la finca, y puede entenderse que existe algo nuevo que antes no existía como tal. Me parece una interpretación de lo más razonable, teniendo en cuenta, que la existencia de la ley se basa en la resolución de los problemas que puedan plantearse en la vida diaria.

---

<sup>804</sup> RDGEJC de 1 de diciembre de 2010. JUS 4284/2010. (DOGC. 13-01-2011). Esta resolución en su fundamento de derecho segundo, punto tres, dice lo siguiente: *“En este caso, la madre, titular de la propiedad del edificio, da al hijo la facultad de construir una vivienda en el lugar en el que hasta entonces había una buhardilla. Es cierto, que este derecho, no tiene por objeto la construcción de una planta “sobre” el inmueble gravado, pero también es cierto que tiene por objeto la construcción de una vivienda sobre el que ya había. Con él se pretende que, donde hasta ahora solo había un espacio físico susceptible de un uso indeterminado, propio de una buhardilla, con un valor económico limitado, y una utilidad social actualmente muy reducida, habrá una vivienda de valor económico mucho más alto de una utilidad social adecuada a las circunstancias del momento presente que permite que una familia, en este caso la del hijo, acceda a la propiedad de una vivienda digna. Desde una interpretación finalista de las normas, y atendiendo a la utilidad social, nada se tendría que oponer a la constitución de un derecho de vuelo de estas características. Desde una interpretación literal, ninguna de las normas del capítulo VII prohíbe de una manera expresa que el vuelo se constituya sobre una planta del edificio que ya existía.”*

Por su parte, la RDGEJC de 26 de mayo de 2011,<sup>805</sup> plantea la cuestión de la extensión de las facultades del propietario del derecho de vuelo. Así, mediante escritura de constitución de un derecho de vuelo y donación, por la propietaria de una finca con una sola planta edificada según el Registro se dispuso por un lado, la segregación de dos partes del solar mencionado, la constitución de un derecho de vuelo, que se reservaba en parte para sí la propietaria para edificar una o más plantas sobre las que ya existe y facultando a la persona titular del derecho de vuelo para que pudiera hacer declaración de obra complementaria y división horizontal cuyas normas anticipa. Además donaba a su hijastra, una de las partes segregadas, que se correspondía con la planta baja edificada, y el derecho a edificar a partir de la segunda planta excluida ésta. La donataria acepta la donación.

Posteriormente, mediante otra escritura, las favorecidas se adjudicaron el derecho de vuelo sobre la finca, pero sólo en lo relativo a las plantas primera y segunda, por herencia de su abuela. (Las plantas primera y segunda sobre la planta baja ya habían sido edificadas con anterioridad, en el año 1965 y 1971 respectivamente, pero no constaban registralmente.) A continuación las titulares del derecho de vuelo, otorgaron escritura de enmienda, declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal. Dicha escritura, menciona expresamente que se realizarán reformas que transformarán el núcleo de escalera que existe actualmente hasta la segunda planta para permitir acceso independiente al local existente y la ubicación de las instalaciones comunitarias. Así mismo, añaden, se tendrá que modificar la distribución de la vivienda de la planta primera, sin afectar a su funcionalidad, para hacer un nuevo rellano. Además, añaden que con la construcción declarada, el derecho de vuelo que ostentaban ha sido completamente ejercitado y agotado, por lo que solicitan la cancelación registral del mencionado derecho. Presentada para su inscripción esta última escritura, el Registro emite nota de calificación suspendiendo la inscripción hasta que se aportara certificado de la comunidad de propietarios del acuerdo de aprobación de la modificación del título constitutivo; el consentimiento de la persona titular de la planta baja, aceptando la reforma realizada, y aportación del seguro decenal. Las titulares de la primera y segunda planta, presentan recurso, alegando que la descripción que se quiere inscribir ya existía en el momento de la donación, y que la donante obvió que las dos

---

<sup>805</sup> RDREJC de 26 de mayo de 2011, JUS/1604/2011. (DOGC 01-07-2011).



plantas superiores estaban construidas por motivos económicos, que el vestíbulo ya existía y que no han modificado el título constitutivo de la comunidad, ni han variado la superficie de la planta baja. Por su parte, la titular de la planta baja, hijastra de la donante, a la que se le había donado la planta baja edificada, alega, que es a ella a la que le corresponde el derecho de vuelo, a partir de la segunda planta y que no tiene que darse por agotado, así como que tampoco es correcta la manifestación de que la escalera comunitaria da acceso sólo a la primera y segundas plantas, ya que tiene que dar acceso a las plantas que se puedan hacer en ejercicio del restante derecho de vuelo y al terrado o cubierta del edificio, por ser un elemento común y no privativo de las plantas primera y segunda. Además, expresa su disconformidad con la superficie que aparece en la descripción del elemento privativo de su propiedad, situado en planta baja, que tiene que ser de una superficie de 135,80 metros cuadrados.

Así las cosas, también presenta alegaciones el notario autorizante de la escritura, manifestando que las otorgantes son titulares de un derecho de vuelo y que el titular de la planta baja ya prestó su consentimiento en el momento de la donación; que las obras de reforma del núcleo de escalera no tienen trascendencia registral, pues es una obra menor para mejorar la funcionalidad al núcleo de escaleras existente.

Por su parte, el registrador, emite informe modificando su nota eliminando el requisito de aportar certificado de la comunidad de propietarios del Acuerdo de aprobación de la modificación del título constitutivo y la aportación del seguro decenal. Pero mantiene que la modificación de la superficie de la vivienda de planta baja, requiere el consentimiento de la propietaria de la vivienda.

Por su parte la DGEJC, resuelve en el sentido de entender, conforme al art. 554.25.4 del CCcat, que aquellos acuerdos comunitarios que disminuyan las facultades de goce y disfrute de cualquier propietario requieren el consentimiento expreso de ellos. Y además el art. 567.2 del libro quinto del CCCat establece los requisitos para la constitución del derecho de vuelo, entre los que no se encuentran el de modificar los elementos que ya existían, por lo tanto no pueden modificar la descripción de los departamentos. En cuanto a la solicitud de la cancelación del derecho de vuelo sobrante, entiende en virtud del art. 553.13 del libro quinto del CCCat que el derecho reservado para sobreelevar que se constituya a favor de los promotores o de terceros es válido pudiendo otorgar sucesivas declaraciones de obra nueva y modificar las cuotas de

participación. Pero ello, no les autoriza a dar por agotado el derecho, en perjuicio de quien no ostente ulterior derecho de vuelo, y aún menos, modificar la descripción de los elementos privativos de otros cotitulares de propiedad horizontal. Añade, la DGEJC, que si bien puede que en este momento la normativa urbanística no permita un derecho de vuelo más allá de la segunda planta, entiende que en este caso, la donante se reservó en su día el derecho de vuelo sobrante, y nada impide que en un futuro la normativa urbanística contemple la construcción más allá de la segunda planta. Por ello, considera que no puede solicitarse la cancelación del derecho de vuelo por haber sido completamente ejercitado y agotado.

Esta Resolución, marca a nuestro juicio, los límites de las facultades que tiene el titular de un derecho de vuelo, en relación con la modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal, en la que se permite la modificación de cuotas, pero no así la modificación de las descripciones que afecte a elementos privativos de otros copropietarios, para los que necesitaran su consentimiento.

Por otro lado, y en la línea sentada por la doctrina y Jurisprudencia, entienden que no pueden dar por agotado el derecho de vuelo, por haber construido las plantas que a ellos les pertenecen, cuando el propietario que en su día constituyó el derecho, se reservó el vuelo sobrante, o sus expectativas futuras, conforme a las modificaciones que introduzca la normativa urbanística en un futuro. Esta interpretación, resulta por tanto acorde con la finalidad económica y social que fundamenta el derecho de vuelo.



## CONCLUSIONES

I.-El contrato de cesión de solar por obra futura es una figura jurídica contemporánea que se ha desarrollado, a la par que el nacimiento, como actividad empresarial y económica, de la promoción inmobiliaria y la construcción para la venta a terceros o consumidores de inmuebles de obra nueva, ya sea para su uso como vivienda o como locales comerciales o plazas de garajes. Por ello, sus antecedentes históricos son prácticamente inexistentes y generalmente se relacionan con la permuta en Roma o con la aparcería más adelante, pero no existe una figura jurídica en nuestras fuentes históricas que coincida en su totalidad con la que es objeto de análisis.

Esta figura se ha desarrollado de forma importante en España, por la mentalidad propia del español medio, de adquirir para vivir inmuebles en propiedad, o bien para invertir sus ahorros. Se haya desarrollado progresivamente desde los años setenta del siglo XX y con mayor fuerza en los años ochenta y noventa al pasar de una sociedad basada en el arrendamiento a una sociedad desarrollada económicamente, en el que la adquisición de un inmueble implica un desembolso importante pero a la vez un signo de riqueza.

La importancia económica ha hecho que incluso desde los poderes públicos en ocasiones se haya favorecido este tipo de adquisiciones inmobiliarias, para provocar aumento de la inversión y, en consecuencia, del empleo. De ahí que el sector inmobiliario haya sido en nuestro país hasta el año 2007, momento del inicio de la crisis, el principal motor de la economía. Ello ha provocado, escasez y subida de precios del suelo edificable, que ha dado lugar a que los profesionales, para obtener suelo en buenas condiciones económicas, hayan buscado nuevas fórmulas jurídicas que ofrecen a su vez al propietario del terreno, generalmente un particular, atractivas contraprestaciones como la entrega de inmuebles nuevos que implican un aumento del valor de su patrimonio, sin necesidad de arriesgar más desembolso que la entrega del solar.

En cuanto a la naturaleza y concepto de esta figura, la Jurisprudencia y la doctrina se encuentran divididas, y aunque resulta difícil dar una definición del mismo por las numerosas posibilidades que plantea, lo asemejan en cuanto a la obligación de intercambio a la figura de la permuta, pero esta naturaleza no está presente en todas las modalidades del contrato.

En nuestra opinión es un contrato atípico con una causa propia y diferenciada de contratos similares, como la permuta y la compraventa a las que a veces se han reconducido. Tiene causa jurídica propia, porque además del intercambio, es importante también el aspecto de la transformación, es decir “te doy para que lo transformes y me entregues”. La obligación de hacer que configura también este contrato que es una obligación instrumental para el cumplimiento de la obligación de entrega. En nuestra opinión nos encontramos en este contrato ante un programa prestacional.

Es atípico por su falta de regulación expresa pero el principio de autonomía de la voluntad regulado en el art. 1255 del CC permite a las partes establecer todos aquellos pactos contractuales para satisfacer sus respectivos intereses sin otros límites que la Ley, la moral y el orden público. Es también una figura en continuo desarrollo y muy versátil, en el sentido de que puede tener por objeto a todas las posibilidades que van apareciendo en el mercado inmobiliario, por lo que admite tanto figuras y conceptos civiles como la finca, finca registral o derecho de vuelo o como conceptos propios urbanísticos, como derechos urbanísticos (transferencias urbanísticas ). Sin embargo se distingue el llamado tipo básico, que es el intercambio de un solar por pisos futuros, que es la modalidad que plantea más problemas, al desprenderse el cedente de su propiedad al inicio del contrato.

La peculiaridad de este contrato, se concreta en que una de las prestaciones es inexistente, tiene carácter futuro. El art. 1271 del CC, permite la contratación sobre las cosas futuras, siempre que conforme al art. 1273 del CC, sean determinadas o determinables sin necesidad de nuevo pacto entre las partes. La doctrina y la Jurisprudencia en este caso, han distinguido entre determinación e identificación. En el contrato de cesión de solar por obra futura, entendemos que basta con que el inmueble esté determinado o sea determinable, sin que sea exigible una identificación concreta del mismo.

En caso de falta de especificación de calidades, la doctrina y la Jurisprudencia se remite a los usos habituales. Debe entenderse por usos habituales aquellas exigencias de calidades e instalaciones mínimas que actualmente exige la normativa urbanística en cuanto a la construcción y a la habitabilidad de los inmuebles. Sin embargo en nuestra opinión, la actual exigencia del Libro del edificio y las normas del Código Técnico de la

edificación son una garantía de protección para el cedente, en cuanto a las calidades mínimas que va a tener el inmueble.

En cuanto a la denominación del contrato y aunque no es un aspecto determinante para su calificación jurídica, nos parece razonable, dejar de llamarle permuta inmobiliaria por obra futura, y establecer una denominación concreta con la finalidad de destacar su diferencia con otras figuras afines.

II.-El cedente se ha manifestado como la parte más débil de la relación jurídica sobre todo en el tipo básico del contrato. Esta debilidad es consecuencia del proceso de transformación edificatoria y urbanística que soporta el inmueble cedido y del carácter futuro del inmueble que ha de entregarse al cedente. También influye en nuestra opinión esa posición precaria de las transformaciones jurídicas que se realizan con la finca para concordar la realidad registral con la finca física, como puede ser la agrupación a otras fincas para formar una más extensa sobre la que construir.

La situación de debilidad del cedente se ha manifestado principalmente en el incumplimiento de la obligación de entrega de los inmuebles, que constituye la obligación principal del cesionario. Sin embargo, la crisis económica y financiera, que de manera tan agresiva ha afectado al mercado inmobiliario y bancario, ha puesto de manifiesto otro aspecto de la debilidad del cedente, también destacable, como es el incumplimiento de la obligación de hacer o construir y que se ha estudiado menos por la doctrina.

En relación con el primer problema, la Jurisprudencia ha establecido y fijado de en sus últimas Sentencias, los requisitos necesarios para entender que el inmueble tiene existencia física, aspecto esencial para la adquisición de la propiedad mediante la entrega al cedente. La entrega puede ser también instrumental conforme al art. 1462 párrafo 2º del CC, cuando de la escritura no se dedujere lo contrario. Así, para que un inmueble exista, ha de estar terminado y en condiciones de uso. A partir de este punto se entiende que con la entrega del inmueble en esos términos, se adquiere la propiedad. La Jurisprudencia no ha explicado que entiende por condiciones de uso, pero en nuestra opinión debe exigirse además la obtención de la licencia de primera ocupación, pues su falta de obtención por defectos insubsanables o por falta de coincidencia con la licencia de edificación, implicaría la inhabilidad del inmueble y el cedente podría instar la resolución del contrato por incumplimiento total. También la Jurisprudencia se ha

pronunciado en cuanto al retraso en la obtención de la licencia de ocupación considerándolo como un incumplimiento tardío que no permite la resolución de contrato del contrato en todos los casos.

Por ello entendemos que el inmueble no está dispuesto para su uso hasta la obtención de la licencia de primera ocupación. La determinación de este aspecto nos parece fundamental, porque establece cuando el inmueble sale del patrimonio del cesionario y el cedente puede ampararse en procedimientos judiciales, como el de tercería de dominio, para defender sus derechos ante terceros.

En la adquisición de los inmuebles futuros por parte del cedente, la Jurisprudencia, en nuestra opinión de forma acertada, ha optado por proteger el principio de seguridad jurídica en detrimento de la posición del cedente, porque ha determinado los requisitos para dar por finalizada la obra, desapareciendo cualquier duda e incertidumbre al respecto, superando criterios jurisprudenciales diferentes según cada Tribunal y cada supuesto enjuiciado. En otro caso, entendemos que se produciría una duda en cuanto al momento de la adquisición, que influye negativamente en el mercado inmobiliario, en la concesión de créditos con el endurecimiento de sus condiciones económicas y en la fortaleza de nuestro sistema registral.

Por ello, no nos convence la postura de aquellos que, a toda costa, pretenden proteger al cedente mediante la adquisición anticipada de la propiedad de los pisos futuros, realizando interpretaciones forzadas del art. 609 del CC. Parece necesario que exista una protección al cedente, pero no a costa del interés general y de terceros. Nuestra opinión es que hay que explorar caminos que permitan el acceso al Registro de la Propiedad de la situación del cedente, sin necesidad de modificar el sistema de adquisición del derecho de propiedad establecido en el artículo antes mencionado. Para proteger al cedente entendemos que no es necesario que adquiriera la propiedad de los inmuebles futuros de forma anticipada.

El cedente puede acceder al Registro de la Propiedad como propietario, cuando transmite solo una parte del inmueble sobre el que se va a construir. De esta forma, existe una comunidad de carácter real sobre el suelo, que permite el acceso Registro de la Propiedad. Asimismo, conforme al art. 8.4 de la LH se puede inscribir la prehorizontalidad del inmueble a construir, por lo que el cedente figuraría en el Registro como titular de los pisos en construcción que le corresponden, aunque se encuentren

meramente proyectados. En este caso, la adquisición de la propiedad de los pisos se realiza por accesión. Esta solución asegura la posición del cedente, de tal forma que el cesionario sólo podrá hipotecar los inmuebles que le corresponden como propietario, quedando a salvo los del cedente.

III.- En relación a la responsabilidad del cedente por su condición de propietario del suelo sobre todo en el supuesto de transmisión parcial de la finca o de la edificabilidad frente a los adquirentes de las viviendas por deficiencias, defectos o ruina de los inmuebles construidos compartimos la opinión de la mayor parte de la doctrina y de la totalidad de la Jurisprudencia que consideran que no existe responsabilidad si no ha intervenido en el proceso constructivo o de edificación. En los casos en los que el cedente haya intervenido en esos procesos si tendrá responsabilidad pero ésta no proviene de su condición de cedente del suelo, sino de su intervención en la construcción o la edificación. En nuestra opinión, la LOE, con la definición de actividad inmobiliaria, y con la determinación de los agentes de la edificación y sus respectivas responsabilidades, viene a cerrar esta cuestión en los términos antes expuestos.

También nos hemos planteado, la posibilidad de la existencia de responsabilidad cuando la ruina de la obra o la inhabilidad, proceden de defectos de estructura del terreno bien por causas de la naturaleza o por relleno con otros materiales e incluso por la contaminación de los mismos por vertidos tóxicos. En nuestra opinión en estos supuestos tampoco puede existir una responsabilidad del cedente frente a terceros adquirentes como propietario del suelo sobre el que se edifica, siempre que no haya intervenido en el proceso constructivo o edificatorio, como promotor o técnico. La razón en nuestra opinión es que este tipo de defectos pueden previamente y durante la realización de la obra subsanarse técnicamente bien en la fase de cimentación y estructura de la construcción. Sin embargo, se plantea también la cuestión de si el cedente debe responder por vicios del terreno ante el cesionario. En este supuesto, consideramos que es difícil exigirle una responsabilidad en todos los casos, pues al cesionario en su calidad de profesional de la construcción debe exigírsele una actitud diligente para conocer previamente el estado del inmueble. Además, esta circunstancia, no impide la edificación sino simplemente produce el encarecimiento de la obra al tener que asegurar la estabilidad del inmueble en caso de estructura del terreno o bien la descontaminación previa del terreno al inicio de las obras.



IV.-Ante la falta de regulación legal del contrato, y siempre que no se pacte una condición resolutoria, el incumplimiento y resolución del contrato, se regula conforme al art. 1124 del CC, relativo al incumplimiento de las obligaciones bilaterales. En nuestra opinión este artículo resuelve de forma correcta las situaciones de incumplimiento que pueden darse en este tipo de contrato.

En cuanto al incumplimiento parcial o defectuoso referido a la calidad y superficie, es razonable que no pueda ser causa de resolución contractual, pues en ocasiones en obras de envergadura técnica y arquitectónica no puede plasmarse fidedignamente lo proyectado sobre plano.

En los supuestos en los que las diferencias no modifiquen sustancialmente el inmueble futuro, es más justo y eficaz, que el cedente deba recibirlo con la indemnización correspondiente en caso de diferencia. Cuando las diferencias son de gran entidad, que desvirtúan totalmente la prestación futura, o es inhábil para su uso, en estos casos, la posición del cedente está totalmente debilitada, pues no tiene porqué aceptar lo que le entregan, pero la resolución del contrato tampoco va a ver satisfecho sus intereses, que no son otros que la adquisición de un piso o local. Sin embargo, habrá de conformarse con la indemnización económica.

Pero la cuestión que se plantea es si el inmueble comprometido es inhábil para su uso, lo es en todo caso, no sólo para el cedente, pues la inhabilidad generalmente viene dada por incumplimiento de la normativa urbanística o por no adecuación a la licencia de construcción concedida, el promotor pretenderá en todo caso solucionar técnicamente el problema, por lo cual consideramos que en este supuesto el cedente una vez subsanados los defectos debería aceptar la prestación. En nuestra opinión la inhabilidad del inmueble irá siempre relacionado con la denegación de licencia de primera ocupación.

En este sentido, parece razonable, introducir la llamada “resolución cautelar” establecida en la Ley de cesión de finca o edificabilidad de Cataluña, que de forma preventiva, permite instar la resolución cuando la obra que se va ejecutando no se ajusta a la licencia de edificación o existe un retraso en el inicio de las obras. Con ello, se impide que el inmueble sea inhábil para su uso, o nos encontremos en un supuesto, “aliud pro alio” cuando se entrega un inmueble distinto a lo pactado. Así, se protege al cedente evitando estos supuestos, al permitir instar la resolución antes de la finalización

de la obra. En el derecho común entendemos que para evitar los casos de inhabilidad, el cedente no debería entregar la propiedad del suelo hasta la aprobación del proyecto y la concesión de licencia de obra. Sin embargo, el riesgo siempre existe, porque la posición del cedente siempre va unida a un proceso de transformación del suelo y a la inexistencia de una cosa. Y estas situaciones son difíciles de proteger en el sentido de lo que el cedente quiere, que es recibir el inmueble pactado. Por ello nos parece oportuno que se introdujera esta posibilidad de resolución anticipada.

Los supuestos de incumplimiento por circunstancias sobrevenidas a la firma del contrato que hacen imposible el cumplimiento, se reconducen a los supuestos de fuerza mayor regulados en el art. 1.105 del CC. Estos casos se refieren sobre todo a la modificación del planeamiento urbanístico que cambia la calificación urbanística del terreno haciendo imposible su construcción.

En nuestra opinión la Jurisprudencia ha venido aplicando la teoría de la Economía del Derecho en cuanto a la distribución de los riesgos pero ligeramente suavizada. Esto es así, porque exige al cesionario una mayor diligencia, al subrayar su faceta de profesional de la promoción que le permite un mayor conocimiento del sector y por tanto le exige un plus de eficacia frente al cedente. Así pues, si el cesionario ha mostrado un comportamiento inactivo tanto temporal (retraso a preparación de proyectos, en la solicitud de licencias e incluso en la interposición de recursos administrativos contra la denegación de las mismas), va a ser responsable del incumplimiento contractual.

Solamente se producirá la resolución contractual por causas sobrevenidas, cuando a pesar de que el cesionario haya desplegado toda la actividad y eficacia posible, la construcción no pueda llevarse a cabo. En este supuesto, en nuestra opinión la Jurisprudencia vuelve a exigir en estos supuestos la existencia de culpa o negligencia en el cesionario para establecer el incumplimiento, distanciándose de la corriente jurisprudencial actual, que no exige culpa o dolo en la determinación del incumplimiento contractual.

Se ha discutido doctrinalmente si era o no de aplicación al contrato de cesión de solar por obra futura del art. 1504 del CC, relativo al contrato de compraventa. Este artículo exige el requerimiento previo intimatorio al comprador acreedor para instar la resolución del contrato. La Jurisprudencia ha disipado las dudas existentes en torno a

esta cuestión, estableciendo en la mayor parte de sus Sentencias más recientes que no es aplicable a este contrato el art. 1504 del CC, porque se refiere a la falta de pago del precio en la compraventa.

Compartimos dicha opinión, pues el contrato de cesión es un contrato autónomo y distinto tanto de la compraventa como de la permuta que regula el CC y, además, se regula por el principio de autonomía de la voluntad de las partes y por la aplicación analógica de las normas de contratos afines. Pero este último aspecto no implica necesariamente la aplicación automática de todas normas relativas a los contratos afines.

Además, en el proceso de transformación y la prestación de hacer que conlleva este contrato los retrasos en la entrega no son responsabilidad del cesionario sino del propio proceso constructivo. El Juez en estos casos, si existen causas justificadas, puede establecer un nuevo plazo para el cumplimiento de la prestación del cesionario conforme al art. 1124. Si se aplica el art. 1504 del CC no sería posible, una vez efectuado el requerimiento por el cedente la concesión de un nuevo plazo llegando a situaciones injustas y de abuso de derecho por parte del cedente. No obstante, el cedente puede reforzar su posición, si pacta en el contrato como condición resolutoria expresa, la entrega en un plazo de tiempo determinado. En este caso el establecimiento de ese plazo sería esencial, lo que provocaría la resolución del contrato.

V.-El establecimiento de una condición resolutoria expresa, permitirá su inscripción en el Registro de la Propiedad conforme al art. 11 de la LH. En este caso, la posición del cedente estará reforzada en comparación con aquellos que no han pactado una condición resolutoria expresa y la han inscrito en el Registro de la Propiedad. El efecto principal es que en caso de incumplimiento el cedente puede recuperar la propiedad del inmueble cedido. También puede solicitar la reinscripción a su nombre de dicha finca.

Aparentemente parece que el cedente en estos casos, tiene una protección total y absoluta. Sin embargo, esta situación se encuentra debilitada por las exigencias de diversos requisitos del art. 175.6 del RH para proceder a la resolución y a la reinscripción de la finca a nombre del cedente. El Registro de la Propiedad, viene exigiendo además de la notificación fehaciente al cesionario de la resolución, la no oposición de éste, y la devolución de las cantidades que el cedente haya recibido como parte de la prestación. En definitiva le exige los mismos requisitos que se exigen para la

la cancelación de la condición resolutoria en la compraventa con precio aplazado. El problema es que en este contrato, la prestación no consiste en entregar dinero, sino en entregar un inmueble que se tiene que edificar sobre el inmueble que se pretende recuperar. Por ello, el último requisito del art. 175.6 del RH, relativo a la devolución de las cantidades entregadas, es de difícil cumplimiento cuando lo que existe es un inmueble que se encuentra en proceso de edificación. En este supuesto, la cuestión es si hay que exigir, que el cedente abone al cesionario el valor de la obra o los gastos efectuados para su realización. Ello plantearía el problema de determinar qué cantidad es la correcta, quién la calcula, y además el Registro de la Propiedad no tiene competencia para determinar cumplido ese requisito con la devolución.

Si se llega a un acuerdo de resolución con el cesionario se podrá resolver el contrato y reinscribir el inmueble a nombre del cedente. En caso contrario, tendrá que instar la correspondiente resolución judicial del contrato, para que dentro del proceso judicial, se resuelvan las cuestiones anteriores.

Es habitual, que las partes pacten como cláusula penal que en caso de incumplimiento, el cedente se quedará con la obra efectuada o con las cantidades entregadas como parte de la prestación. En estos supuestos, también será necesario si el cedente pretende reinscribir a su nombre el inmueble la devolución de cantidades y el abono de los gastos de la obra, por lo que como en el supuesto anterior deberá acudir a los tribunales para solventar el conflicto, salvo acuerdo con el cesionario.

Por tanto, los efectos de la condición resolutoria en estos contratos, está debilitada por el proceso de transformación al que se ve sometido el inmueble. La condición resolutoria expresa e inscrita desplegará plenamente su eficacia en aquellos casos concretos en que no se haya efectuado ningún tipo de obra ni se hayan entregado dinero como parte de la prestación.

En nuestra opinión, a pesar de todos los inconvenientes anteriores, el pacto e inscripción posterior de una condición resolutoria expresa, es beneficioso para la posición del cedente, por los efectos frente a terceros que produce su inscripción en el Registro de la Propiedad, que asegura la recuperación de la propiedad del inmueble al cedente, a pesar de que para ello deba acudir al procedimiento judicial correspondiente y la recuperación no sea inmediata. También resulta favorable para el cedente el pacto de una condición resolutoria expresa porque elevará a la categoría de causa de

resolución aquellas situaciones que tengan trascendencia para el cumplimiento de la prestación del cesionario, por lo que en caso de incumplimiento podrá resolverlo sin necesidad de acudir a los tribunales o en caso de que deba acudir, su situación se verá reforzada.

Los efectos de la condición resolutoria expresa e inscrita pueden verse limitados por los acuerdos a que lleguen las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Es habitual que en este tipo de operaciones se pacte la posposición de rango registral de la condición resolutoria a favor de la hipoteca que va a garantizar el préstamo solicitado por el cesionario para financiar la edificación pactada en el contrato.

Si la entidad bancaria ejecuta la hipoteca por impago del préstamo, la situación del cedente que tiene inscrita la condición resolutoria, es bastante delicada pues en esta situación lo habitual es que no surta sus efectos protectores la condición pospuesta a la hipoteca. Sin embargo, el cedente para recuperar su inmueble deberá desvirtuar el principio de buena fe que se le presupone a la entidad hipotecante, así la Jurisprudencia, en supuestos de posposición de la condición resolutoria de la hipoteca, viene protegiendo al cedente negando la existencia de buena fe en la entidad hipotecante, cuando el dinero del préstamo hipotecario garantizado por el inmueble no se ha destinado a la construcción del edificio. Cuando el cedente se encuentre ante una situación como ésta, y exista incumplimiento por parte del cesionario, deberá instar el correspondiente procedimiento judicial alegando la falta de existencia de buena fe y solicitando la nulidad de la hipoteca.

También el cedente podrá desvirtuar el principio de buena fe de la parte hipotecante, en caso de hipoteca de los pisos que le corresponden. Para ello tiene que acreditar que la entidad que hipotecó los inmuebles conocía que eran para su entrega al cedente. Este último supuesto es discutido en la Jurisprudencia existiendo tanto Sentencias a favor como en contra, pues la existencia de buena fe es una cuestión de hecho que ha de acreditarse en el procedimiento. No obstante entendemos que el cedente ante una situación similar, ha de intentar desvirtuar la existencia de buena fe de la entidad hipotecante, con el fin de que no desplieguen los efectos los principios registrales y no se le reconozca la condición de tercero hipotecario.

En el supuesto de que lo que se cede es la totalidad de un solar, el cesionario en virtud del art. 609 del CC, adquiere la propiedad plena y absoluta de la finca. Esta circunstancia implica, que el cedente no puede prohibir que hipoteque el inmueble para la obtención de financiación. Sin embargo, en ocasiones las partes acuerdan que el cesionario no podrá constituir hipoteca sobre el solar. Esta prohibición de hipotecar, no tiene el carácter de las establecidas en el art. 26 de la LH, relativas a las prohibiciones de disponer que son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Las prohibiciones a que se refiere ese artículo son aquellas que provienen de negocios gratuitos como las sucesiones o donaciones. Su naturaleza es de carga real frente a la obligación de hipotecar proveniente de un negocio jurídico oneroso, que es obligacional. Sin embargo, este tipo de obligaciones de no hipotecar, pueden acceder al Registro de la Propiedad conforme al art. 11 de la LH. cuando se configuran como una condición resolutoria expresa.

VI.-El efecto fundamental en nuestro contrato de la resolución es la restitución del inmueble al cedente. El proceso de transformación que va a seguir la finca entregada por el cedente, es en nuestra opinión, el mayor problema que va a condicionar y complicar la situación del cedente. Una vez iniciada la obra, pueden darse multitud de variaciones en cuanto al estado de la construcción en curso, así como en relación con el derribo de las construcciones que hubieren sido construidas inicialmente sobre la finca. Esta cuestión va a tener especial importancia en caso de incumplimiento del cesionario, dado que el efecto lógico de la resolución es la restitución *in natura*.

Sin embargo, el cedente, en ocasiones, no va a recibir su solar o finca tal como lo entregó sino que lo hará con cambios en función del estado en que se encuentre la edificación. En estas circunstancias, los Tribunales han venido aplicando la figura de la accesión regulada en el art. 361 del CC, considerando al cesionario como un poseedor de buena fe, por la que el cedente puede elegir entre abonar al cesionario el valor de la obra conforme a lo establecido en los arts. 453 y 454 del CC para la liquidación de los estados posesorios o bien obligarle a que le pague el precio del terreno. Otras veces, aplica la doctrina del enriquecimiento injusto, y obligan al cedente a indemnizar al cesionario por los gastos de la obra. También en ocasiones la Jurisprudencia ha determinado aplicable las normas de liquidación del usufructo, e incluso las normas de liquidación previstas para la enfiteusis. La Jurisprudencia no ha admitido la demolición de lo construido por considerarlo antieconómico y abuso de derecho.

En nuestra opinión, esta situación no es justa en muchas ocasiones para el cedente, que se verá obligado a pagar por unas obras que en ocasiones más que un valor será una carga, si quiere recuperar su finca. En este sentido, me parece razonable, la solución establecida por la LCF relativa a la posibilidad de exigir la demolición a costa del cesionario cuando el coste de finalización de las obras o de adaptación de las ejecutadas a los pactos establecidos en contrato sea superior al coste de la construcción pactada.

Esta posibilidad se justifica porque no puede equipararse la posición del cedente y cesionario, porque el cesionario generalmente es un profesional del sector inmobiliario, que además ha incumplido un contrato, por lo que debe permitirse al cedente solicitar la demolición de la obra ejecutada siempre que no se encuentre en una fase avanzada de ejecución. En nuestra opinión debe realizarse una distribución de riesgos teniendo en cuenta que una de las partes siempre va a ser un profesional de la promoción.

En cuanto a la aplicación del juego del art. 361 CC y las normas de la liquidación de los estados posesorios del art. 453 y 454 CC, no está exenta de problemas, porque no se adaptan al contrato que tratamos. Esto es así, porque no estamos ante la posesión de una finca, sino que ante un proceso de transformación. Por tanto creemos que los criterios establecidos en dichos artículos no encajan en estos supuestos. Tampoco el resto de normas de liquidación establecidas en figuras específicas como el usufructo y la enfiteusis aunque ésta última a nuestro juicio sea más apropiada.

En nuestra opinión, para calcular la cantidad que el cedente debe abonar al cesionario es más razonable, la indemnización de todos los gastos efectuados. Esto es así porque la exigibilidad de unas determinadas condiciones de habitabilidad e instalaciones mínimas, vienen reguladas tanto en el Código Técnico de la Edificación y como el propio Libro del Edificio de tal forma que todo aquello que sea exigible por la normativa urbanística para la habitabilidad de la vivienda, ha de ser abonado. Teniendo en cuenta el alto grado de exigencias técnicas y de calidades constructivas exigidas en la actualidad es razonable pensar que será lo más justo para ambas partes y además implicará seguridad jurídica al conocer previamente los criterios de valoración. Hay que precisar que la indemnización al cesionario ha de hacerse por el importe de los gastos

realizados pero no por el incremento de valor o plusvalía que la construcción lleva implícita.

VII.-La restitución *in natura* del inmueble al cedente en el mismo estado y con el mismo valor económico que tenía cuando se entregó al cesionario, en la mayoría de los casos no va a ser posible, salvo raras excepciones. En ocasiones, por transformaciones físicas de la finca y otras por transformaciones jurídicas, como sucede en los casos de aprovechamiento o actuaciones urbanísticas que darán lugar a otras fincas diferentes. Estos casos darán en ocasiones lugar a la restitución *in natura* y otras a la restitución por equivalente, es decir por su valor económico e incluso por el principio de sustitución de un bien por otro. La valoración de estas fincas puede dar lugar también a numerosos problemas para el cedente porque no existen normas concretas relativas a estos aspectos, pues a veces tratamos con conceptos y realidades urbanísticas en las que los conceptos civiles tradicionales recogidos en el Código Civil no encajan.

También en los supuestos, en que hubieran existido edificaciones previas sobre el inmueble, que se hayan demolido para acometer las nuevas obras, la restitución deberá hacerse mediante la entrega del inmueble al cedente en el estado en que se encuentre y la compensación económica por el valor de la construcción en el momento en que el cedente la entregó al cesionario. Sin embargo, la Jurisprudencia entiende que en los casos en que la edificación estuviera extremadamente deteriorada y en ruinas, no procederá ninguna compensación económica, pues entiende que su destino era la demolición. El problema, a nuestro juicio, es determinar el valor económico de estas construcciones en el momento en que se entregaron, pues se pueden presentar problemas por falta de valoración previa. Por ello, en estos casos consideramos que debe valorarse previamente por un experto, para que el cedente no resulte perjudicado en su derecho a la restitución íntegra de su prestación.

Cuando la finca se ha deteriorado por causa imputable al cesionario, entiendo que el cedente debe ser resarcido en el importe que sea necesario para restablecer el estado en que se encontraba. No así, cuando ésta fuera una construcción ruinosa o abandonada previamente por el propio cedente.

A *sensu contrario*, también puede suceder que el inmueble, durante su permanencia del mismo en el patrimonio del cesionario, haya aumentado de valor, por



las fluctuaciones del mercado inmobiliario o por cambios en el planeamiento que le reconozcan una calificación urbanística más favorable. La Jurisprudencia las considera mejoras en aplicación del art. 361 del CC y 453 y 454 del CC, por lo que las modificaciones que impliquen un cambio de calificación urbanística o un aumento de edificabilidad se consideran mejoras naturales conforme al art. 456 del CC y no se indemnizará al cesionario. En nuestra opinión en la restitución de estas fincas, estas plusvalías han de beneficiar al cedente, si bien cuando el cesionario ha realizado gastos para la obtención de esas plusvalías, ha de ser indemnizado por el cedente por esos gastos pero no por el aumento de valor de la finca en sí misma.

VIII.-En los supuestos en los que se produzcan alteraciones del inmueble en relación a su calificación urbanística, edificabilidad o aprovechamiento, e incluso fluctuaciones económicas que encarezca o hagan poco rentables la edificación el cesionario no podrá alegar la aplicación de la teoría *rebus sic stantibus*, ni la doctrina de la ruptura de la causa del contrato, y por tanto tampoco pedir ni la resolución ni la modificación de la relación jurídica contractual, pues el cesionario es un profesional de la promoción y se entiende que estas alteraciones urbanísticas, están dentro del riesgo que debe asumir, está en el *aleas* del contrato. Así lo reconoce la Jurisprudencia que en este supuesto, aplica la Teoría de la Economía del Derecho en cuando a la asunción de riesgos.

Las doctrinas de la cláusula *rebus sic stantibus* o la de la ruptura de la base de contrato, son inaplicables a este contrato, dado que los requisitos reconocidos en la Jurisprudencia para la aplicación generalmente restrictiva de las mismas, coinciden con los riesgos propios que debe asumir por su propia actividad el cesionario. En este caso, nos parece muy razonable la posición de la Jurisprudencia que protege con ello al cedente frente al cesionario que impide que éste pueda disfrazar como supuestos de excesiva onerosidad, casos que son generalmente de mera conveniencia por disminución de beneficio económico. Por otro lado, opinamos que el cesionario tampoco queda desprotegido, porque al menos en lo relativo a modificaciones de planeamiento y edificabilidad, nuestra Jurisprudencia le permite instar la resolución por causas sobrevenidas que impiden el cumplimiento de la prestación futura siempre que no se pueda realzar la prestación por causas no imputables a la parte cesionaria.

IX.-La situación del cedente cuando el cesionario se encuentra inmerso en un proceso concursal, es todavía más débil que en circunstancias normales. El cedente para defender su derecho va a tener que participar en un procedimiento de carácter universal regulado en todos sus aspectos por la Ley Concursal. En caso de incumplimiento del cesionario, no va a ser posible instar la resolución del contrato conforme al art. 1.1124 del CC, al tratarse de un contrato de tracto único. Al cedente en estos supuestos se le va a reconocer un crédito ordinario por el valor su prestación que es una obligación de dar. El valor que ha de tenerse en cuenta es el valor de la prestación a la fecha de declaración del concurso conforme al art. 88.1 de la LC, y será una deuda de dinero, que no tiene que coincidir con el valor del inmueble sino con el que las partes dieron a sus respectivas prestaciones en el contrato.

Sin embargo, si en el contrato se pactó una condición resolutoria expresa e inscrita en el Registro de la Propiedad, la situación del cedente en principio mejora notablemente en relación con aquel que no pactó esta garantía porque el art. 56 de la LC, permite la resolución de estos contratos.

En este supuesto hay que distinguir varias situaciones para analizar el grado de eficacia de la condición resolutoria. Si el procedimiento de ejecución extrajudicial está ya iniciado cuando se declara el concurso del cesionario, la ejecución ha de suspenderse hasta aprobarse el convenio o abrirse la liquidación conforme al art. 55 y 56 de la LC. Pero en el contrato de cesión de solar por obra futura, entendemos que el bien inmueble que el cedente pretende recuperar debe ser considerado como afecto a la actividad inmobiliaria por lo que va a impedir la continuación o el inicio de ejecución separada una vez transcurridos los plazos anteriores, salvo que la empresa haya cesado en su actividad inmobiliaria, en cuyo caso si sería posible la ejecución de la condición resolutoria expresa.

Cuando los trámites de resolución ya hubieran finalizado, es decir el cedente hubiera requerido al cesionario y hubiera depositado el dinero recibido en su caso, quedando pendiente la reinscripción del solar, es posible dicha reinscripción. En esta situación, el cedente tiene solucionado el problema y ha recuperado la finca, salvándola del concurso. En el caso de que no se hubiera iniciado la resolución antes del concurso, conforme al art. 56 de la LC, el procedimiento no podrá iniciarse hasta que no se apruebe el convenio o en su defecto hasta que haya transcurrido un año desde la

declaración del concurso sin que se haya aprobado aquel. En definitiva, el establecimiento de una condición resolutoria expresa e inscrita va a crear al cedente una mayor seguridad en su posición porque le va a permitir la resolución del contrato, aunque sometido a los tiempos del art. 56 de la LC.

Pero quizás la mayor seguridad en la posición del cedente, se produce en la calificación de su crédito, que conforme al art. 90.1.4º, su crédito va a ser calificado con privilegio especial, y en consecuencia podrá recuperar la finca cedida. Sin embargo es habitual en este contrato, que las partes hayan pactado una posposición de rango de la condición resolutoria expresa frente a la hipoteca. Aquí, la situación del cedente se ve debilitada porque va a dificultar en muchos casos la recuperación de la finca por el cedente e incluso a veces será imposible, cuando el acreedor hipotecario realice la hipoteca preferente, pues en este caso, la condición resolutoria inscrita posteriormente se cancelará y el cedente perderá el inmueble. En nuestra opinión la única opción posible es no resolver el contrato y que se le reconozca el crédito como privilegiado conforme al art. 90.1 de la LC, pudiendo cobrar sobre el remanente tras la adjudicación del bien.

A pesar de lo anterior, consideramos que la posición del cedente con cláusula resolutoria expresa resulta más satisfactoria en relación con el cedente que no la pactó, pues éste último no puede resolver el contrato y su crédito solo será un crédito concursal ordinario sujeto a la ley del dividendo. Por el contrario, el cedente que pactó una cláusula resolutoria expresa e inscrita en el Registro de la Propiedad, podrá recuperar el inmueble cedido si no existe hipoteca con prelación de rango, en otro caso quizás le compense insinuar su crédito con privilegio especial. En nuestra opinión, ni en una posición ni en otra, consideramos que el interés del cedente esté protegido, de tal forma que se hace siempre necesario el pacto de garantías adicionales como el aval bancario.

X.-La Ley de cambio de finca o edificabilidad por construcción futura de Cataluña, denominada Llei 23/2001 de 31 de diciembre, que se promulgó con el afán de proteger al cedente, ha de valorarse de forma objetiva. Aunque en conjunto se ha procedido a recoger y legislar las soluciones que la Jurisprudencia ha venido realizando en sus pronunciamientos, es cierto que tiene aportaciones positivas para la protección del cedente.

Hay que destacar con carácter previo que ha introducido como contrato típico en el Ordenamiento Jurídico catalán, la figura de la cesión de solar por obra futura, y sus diversas clases. Respecto a éstas últimas, puede que debieran haber sido más concretas y expresadas con mayor claridad, pues se han producido discusiones doctrinales respecto a las modalidades que regula. Sin embargo, una exhaustiva regulación de las modalidades, hubiera producido una pérdida de dinamismo propio del principio de autonomía de la voluntad. El nuevo Proyecto de Ley en trámite actualmente como parte del Libro VI del CCCat. establece un concepto más amplio entendido como todo intercambio de suelo o derechos edificatorios.

En relación a uno de los grandes problemas de este contrato que es la adquisición de los pisos futuros por parte del cedente, no introduce ninguna novedad respecto al derecho común. Establece que en los casos de cesión total el inmueble futuro se adquiere mediante la entrega y en el supuesto de cesión parcial de la finca o de la edificabilidad, se adquiere por medio de accesión. Afirmamos que, esta regulación no supone ninguna novedad pues recuerda al art. 13 del RH, tras la nulidad declarada en la STS Sala 3ª de 31 de enero de 2001, porque permite la configuración de la relación como obligacional o con carácter real formando una comunidad sobre el suelo.

En nuestra opinión las aportaciones a tener en cuenta de esta Ley, se refieren sobre todo a los supuestos de incumplimiento pues introduce como causa de resolución contractual la falta de identidad entre lo que se está construyendo y la licencia de obras concedida y la falta de inicio de obras en el plazo previsto. Es una medida preventiva, que de alguna forma pretende proteger al cedente, al permitirle instar la resolución sin esperar a la finalización de la obra. También disminuye la posibilidad de supuestos de inhabilidad del inmueble o supuestos de modificaciones sustanciales en cuanto a la tipología y superficie del inmueble futuro, disminuyendo el riesgo de que el cedente no reciba lo pactado y en caso de resolución el cedente pueda recuperar su inmueble.

En cuanto a los efectos de la resolución, la LCF resuelve el problema de la restitución mediante la figura de la accesión directa regulada en el art. 542.3 del CCCat., por la que el cedente adquiere la obra por accesión previa indemnización al cesionario del valor de la misma, o bien, puede pedir la demolición de edificado a costa del cesionario si los costes para la finalización obra pendiente es superior a la mitad del coste de la construcción pactada. Esta última posibilidad, basada en la doctrina de la

Economía del Derecho, es un acierto porque en ocasiones resulta más eficaz la demolición de la obra ejecutada cuando el proceso edificatorio es incipiente, y, además protege al cedente porque en determinados supuestos, le va a permitir recuperar el inmueble en el mismo estado en que lo entregó y sin tener que realizar desembolsos económicos. En este aspecto nos parece que eficacia y justicia coinciden.

Hay que destacar que esta Ley no hace referencia a la posibilidad de aplicación de la accesión invertida o industrial que se regula en el art. 542.7 y 542.9 del CCCat. que permitiría al cesionario adquirir la obra con indemnización del valor del suelo al cedente. En nuestra opinión la LCF no reguló esta posibilidad con la intención de que el cedente pudiera recuperar el inmueble.

Pero el problema se plantea cuando la obra no se puede demoler porque está en fase avanzada de construcción o cuando está terminada y existe un supuesto de *aliud pro alio*. En esta situación y conforme a la letra de la Ley el cedente se verá obligado a indemnizar al cesionario. No obstante lo anterior, entendemos que las partes en estos últimos supuestos pueden llegar a un acuerdo en el sentido de que sea el cesionario el que adquiera el suelo.

Cuando en el contrato se ha pactado recibir el inmueble futuro en finca distinta a la que es objeto de cesión, en caso de resolución también los efectos serán los mismos que los expresados anteriormente.

La crítica que se puede hacer en cuanto a los efectos, es que la LCF no haya aprovechado la ocasión para especificar y determinar los criterios de indemnización al cesionario, es decir si se indemniza por los gastos efectuados o el valor de la obra.

En su conjunto, la valoración de la LCF es positiva, aunque no resuelve todos los problemas planteados. Recordemos que las competencias en cuanto a Registro de la Propiedad son estatales (art. 149.1-8 CE). No obstante, su tipificación, define y configura al contrato, su régimen jurídico, y, a los efectos que produce. Establece un marco legal mínimo que otorga seguridad jurídica a la relación contractual respetando el principio de autonomía de la voluntad. También implica una superación de las discrepancias doctrinales que todavía existen en el derecho común, en relación a las normas de nuestro ordenamiento jurídico que han de aplicarse en defecto de pacto entre las partes.

XI.- CONCLUSION FINAL. Una vez realizadas las anteriores conclusiones puede decirse que la problemática del cedente, no viene sólo intrínsecamente de la cesión de solar, sino también de las condiciones que se pactan de forma complementaria, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, que no influyen en la existencia o no del contrato. Por ello, una regulación específica como se ha puesto de manifiesto en el análisis de la legislación catalana, no resuelve toda la problemática del contrato en relación con el cedente.

Realmente, uno de los principales problemas, es el de la adquisición de los pisos futuros. Teniendo en cuenta que nuestro sistema civil se rige por el art. 609 del CC. En cuanto al incumplimiento, dado que su efecto natural es la restitución del solar entregado, entiendo que una regulación específica no vendría a mejorar la situación del cedente, porque sus principales problemas no proceden de la falta de regulación de esta relación jurídica, sino, por un lado, de aspectos esenciales de nuestro Ordenamiento Jurídico, como es el sistema de transmisión, y por otro, de la propia naturaleza de la prestación del cedente que es la entrega del solar y del proceso de transformación que le afecta mediante la construcción.

En este sentido, opinamos que ha de prevalecer el principio de seguridad jurídica de nuestro Ordenamiento Jurídico, y que una modificación en el sistema de adquisición de la propiedad inmobiliaria, para proteger a los cedentes no sería una solución total y absoluta para proteger su situación de debilidad. Pondría solución a uno de ellos, a cambio del detrimento de una seguridad jurídica que es prioritaria para el tráfico inmobiliario. Esta modificación en nuestra opinión implicaría más problemas que soluciones eficaces. Al cedente no le reportaría beneficio adquirir algo que no existe si luego no se construye. Estas cuestiones no van a resolverse mediante la regulación específica de este contrato, pues dicha regulación para ser plenamente eficaz debería afectar a instituciones troncales de nuestro Ordenamiento Jurídico, y que en nuestra opinión no deben modificarse. A pesar de lo anterior, sí es cierto, que una regulación expresa de este contrato serviría para sistematizar y unificar aquellos criterios jurisprudenciales y doctrinales que hasta ahora han venido aplicándose para solventar los conflictos entre cedente y cesionario.

Consideramos que nuestro Ordenamiento Jurídico, permite la protección del cedente, lo que no hace es garantizar que la prestación consistente en entregar una cosa

futura va a ser siempre posible. Ningún sistema jurídico puede garantizar por definición una existencia futura. La naturaleza de este contrato basada en la entrega de una cosa presente para someterla a un proceso de transformación edificatorio y recibir lo que se construya, no permite una protección total del cedente. Por ello, éste ha de utilizar todos los mecanismos de garantía que le brinda nuestro sistema jurídico, tanto reales como personales, pero, a la vez, debe ser consciente de los riesgos que intrínsecamente existen en este tipo de relación al asumir pactos tales como, la hipoteca del solar, la transmisión de la propiedad del mismo. No hay que olvidar que a cambio el cedente también obtiene más beneficios económicos que en otro tipo de transacciones inmobiliarias como puede ser la venta del suelo. En este sentido entendemos que a mayor beneficio mayor riesgo.

También nos parece esencial mantener el principio de seguridad y la eficacia actual que representa el Registro de la Propiedad. Esta institución contribuye al desarrollo y seguridad del mercado inmobiliario. Una regulación excesivamente protectora en este aspecto de la figura del cedente, haría decaer este tipo de operaciones inmobiliarias por falta de atractivo para el cesionario y de eficacia. Y también supondría un debilitamiento del principio de autonomía de la voluntad que es el pilar fundamental de nuestro Derecho Civil.

A pesar de ello, una regulación legal de este contrato si sería conveniente, para poner fin a las controversias doctrinales relativas al concepto y a la naturaleza de esta figura y para sistematizar los criterios doctrinales y jurisprudenciales que han venido aplicándose para solventar los conflictos entre las partes. Esto implicaría una mayor seguridad jurídica para las dos partes.

También sería conveniente para perfilar las diversas modalidades que conforman el contrato, pero en nuestra opinión deberían expresarse de forma amplia y dando cabida a todas aquellas nuevas posibilidades que vayan surgiendo en el devenir del mercado inmobiliario.

Resultaría oportuno, regular la posibilidad de resolución cautelar o anticipada, en determinados supuestos como por ejemplo la falta de conformidad entre la licencia y lo pactado, y la falta de inicio de las obras en tiempo pactado. Con ello, se pretende proteger al cedente atajando los conflictos en etapas primarias de la edificación o aún

antes del inicio, evitando así supuestos de inhabilidad del objeto o de *aliud pro alio* y permitiendo al cedente recuperar su inmueble.

En cuanto a los efectos nos parece necesario regularlos al margen de la liquidación de los estados posesorios establecidos actualmente en el Código Civil, estableciendo un sistema propio, basados en la restitución *in natura* con indemnización al cesionario de los gastos realizados en la edificación y no en las plusvalías que esa obra haya generado. También debe introducirse la posibilidad de que el cedente pueda solicitar la demolición en determinados supuestos de lo edificado a costa del propietario, cuando la obra no esté avanzada.

.En definitiva nuestra opinión la regulación legal de este contrato, debería perfilar y configurar los aspectos esenciales de la relación jurídica, con ello se pretende dotar de mayor seguridad jurídica a las partes y a la vez respetar el principio de autonomía de la voluntad para que puedan introducir todos aquellos pactos que consideren oportunos para no crear una figura anquilosada e ineficaz. Aún así, y como consecuencia de la propia naturaleza de la prestación del cesionario, se hace necesario en todo caso, que al margen de todas las regulaciones posibles, se garanticen las obligaciones del cesionario con medios de garantías adicionales como el aval.





## **ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

STC (Pleno) de 20 de Marzo de 1997. Sentencia 61/1997.(RTC 1997,61)

ATC de 18 de julio de 2000. (RTC 2000,181).

### **TRIBUNAL SUPREMO.**

STS de 3 de junio de 1970. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia Castaño. (RJ 1970,2790).

STS de 22 de mayo de 1974 (RJ 1974,2093).

STS de 26 de octubre de 1976. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Jimeno Fernández. (RJ 1976,1224).

STS de 31 de marzo de 1980 (RJ 1980,1233).

STS de 19 de mayo de 1982 Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia Castaño. (RJ 1982,2581)

STS de 24 de octubre de 1983 (RJ 1983,5340).

STS de 25 de abril de 1984 (RJ 1984,2289).

STS de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985,1694).

STS de 17 de junio de 1986. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno. (1986,3554).

STS de 17 de diciembre de 1986. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui. (RJ 1986,7676).

STS de 27 de marzo de 1987. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons. (RJ 1987,9340).

STS de 26 de abril de 1988. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Fernández-Cid de Temes (RJ 1998,3279).

STS de 5 de julio de 1989. Sentencia 537/1989. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez. (RJ 1989,5400).

STS de 5 de julio de 1990 (RJ 1990,5776).

STS de 7 de julio de 1990. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1990,5782).

STS de 30 de noviembre de 1990. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa. (RJ 1990,8735).

STS de 18 de diciembre de 1990. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Rodríguez. (RJ 1990,10286).

STS de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990,8735)

STS de 20 de marzo de 1992 (RJ 1992,2214).

STS de 23 de febrero de 1993. Sentencia 140/1993. Recurso 1501/1990. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1993,1223).

STS de 9 de junio de 1993 (RJ 1993,8174).

STS de 30 de septiembre de 1993. Sentencia 868/93. Recurso 2457/1990. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil. (RJ 1993,6481).

STS de 28 de enero de 1994. Recurso 22/1991. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda. (RJ 1994,575).

STS de 9 de marzo de 1994. Recurso 1994/2205. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres. (RJ 1994,2205)

STS de 18 de mayo de 1994. Recurso de casación 1545/1991. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1994,4094).

STS de 11 de junio de 1994. Sentencia 557/1994. Recurso 1984/1991. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales. (RJ 1994,4509)

STS de 16 de noviembre de 1994. Sentencia 1035/1994. Recurso de casación 1336/1991. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros. (RJ 1994,7400).

STS de 19 de noviembre de 1994. Sentencia 1040/1994. Recurso de casación 365/1991. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda. (RJ 1994,8537).

STS de 24 de noviembre de 1994. Sentencia 1088/1994. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres (RJ 1994,17947).

STS de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995,7026). Sentencia 855/1995. Recurso de Casación 1266/1992. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales. (RJ 1995,7026).

STS de 31 de mayo de 1996. Recurso 3281/1992. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil. (RJ 1996,3860).

STS de 19 de julio de 1996 (RJ 1996,5102).

STS de 23 de julio de 1996 (RJ 1996,5118).

STS de 18 de septiembre de 1996. Recurso 3678/1992. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. (RJ 1996,6726).

STS de 9 de octubre de 1997. Recurso de casación 2689/1993. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Hernández Gil.(RJ 1997,2679)

STS de 2 de noviembre de 1997 (RJ 1997,7899).

STS de 14 de noviembre de 1997. Sentencia 994/1997. Recurso de casación 2878/1993.Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada Gómez. (RJ 1997,8123).

STS de 15 de diciembre de 1997. Sentencia 1168/1997. Recurso de casación 3652/1995. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997,8980).

STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999,7997).

STS de 16 de febrero de 2000. Sentencia 121/2000. Recurso de casación 29/1996. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. (RJ 2000,1150).

STS (Sala 3ª) de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000,2888).

STS de 16 de mayo de 2000. Sentencia 485/2000. Recurso 1992/1995. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Sánchez. (RJ 2000, 5082)

STS de 26 de julio de 2000. Sentencia 791/2000. Recurso de casación 2925/1995. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández. (RJ 2000,9177)

STS de 26 de septiembre de 2000. Sentencia 850/2000. Recurso de casación 3909/1996. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez. (RJ 2000,7531)

STS de 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000,7533).

STS de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000,9214).

STS de 17 de enero de 2001 (RJ 2001,1315).

STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001. Sentencia 571/2001. Recurso de casación 507/1998. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morata. (RJ 2001,1083).

STS de 8 de marzo de 2001.Sentencia 235/2001. Recurso de casación 473/1996. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2001,3975).

STS de 18 de marzo de 2002. Sentencia 352/2002. Recurso de casación 3029/1996. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ramón García Varela.(RJ 2002,2848).

STS de 30 de abril de 2002.Sentencia 383/2002. Recurso de casación 3431/1996. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández. (RJ 2002,4041).

STS de 31 de mayo de 2002. Sentencia 554/2002. Recurso de casación 802/1997. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán (RJ 2002,4581).

STS de 5 de junio de 2002. (RJ 2002,6572).

STS de 21 de junio de 2002. Sentencia 638/2002. Recurso de casación 73/1997. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002,5257).

STS de 19 de julio de 2002. Sentencia 792/2002. Recurso 461/1997. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2002,9097).

STS de 8 de octubre de 2002. Sentencia 898/2002. Recurso de casación 492/1997. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela. (RJ 2002,358).

STS de 22 de octubre de 2002. Sentencia 1007/2002. Recurso de casación 1160/1997. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. (RJ 2002,9310).

STS de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002,10925).

STS de 16 de diciembre de 2002. Sentencia 1211/2002. Recurso de casación 1590/1997. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil. (RJ 2002,8494).

STS de 14 de mayo de 2003. Sentencia 47/2003. Recurso de casación 2717/1997. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros. (RJ 2003, 3260).

STS de 17 de septiembre de 2003. Sentencia 827/2003. Recurso de casación 632/1999. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez Pereda Rodríguez. (RJ 2003,6420).

STS de 11 de noviembre de 2003. Sentencia 1037/2003. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo. (RJ 2003,8290).

STS de 11 de noviembre de 2003. Sentencia 1035/ 2003. Recurso 127/1998. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela. (RJ 2003,8407).

STS de 5 de diciembre de 2003. Sentencia 1168/2003. Recurso de casación 300/1998. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2003,7788).

STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004,4101).

STS de 18 de octubre de 2004 (RJ 2004,6571).

STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004,7383).

STS de 30 de noviembre de 2004 (RJ 2004,7857).

STS de 18 de febrero de 2005. Recurso 3487/1998. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael de la Cuesta Cascajares. (RJ 2005,1681).

STS de 16 de mayo de 2005. Sentencia 330/2005. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela. (RJ 2005,6374).

STS de 1 de junio de 2005. (RJ 2005,6294).

STS de 9 de junio de 2005. Sentencia 458/2005. Recurso de casación 78/1999. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Eugenio Corbal Fernández. (RJ 2005,3755)

STS de 10 de junio de 2005. Sentencia 458/2005. Recurso de casación 78/1999. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández. (RJ 2005, 3755).

STS de 1 de julio de 2005. (RJ 2005,3755).

STS de 1 de julio de 2005. Sentencia 547/2005. Recurso de casación 265/1999. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros. (RJ 2005, 5090).

STS de 24 de octubre de 2005. Sentencia 799/2005. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros. (RJ 2005,8280).

STS de 28 de octubre de 2005 (RJ 2005,7353).

STS de 28 de febrero de 2006. Sentencia 153/2006. Recurso de casación 1972/1999. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. (RJ 2006,696).

STS de 25 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2006,3344).

STS de 30 de mayo de 2006. Sentencia 559/2006. Recurso 4069/1999. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2006,3173).

STS de 30 de mayo de 2006. Sentencia 559/2006. Recurso de casación 4046/1999. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2006,3338).

STS de 6 de junio de 2006.Sentencia 538/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares. (RJ 2006, 3521).

STS de 6 de octubre de 2006. Sentencia 957/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda. (RJ 2007,701)

STS de 17 de octubre de 2006 (RJ 2006,9983).

STS de 28 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. (RJ 2006,8147)

STS de 27 de diciembre de 2006 (RJ 2006,8730).

STS de 28 de noviembre de 2006 (RJ 2006,8147).STS de 23 de enero de 2007.Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. (RJ 2007,595).

STS de 23 de enero de 2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. (RJ 2007, 595).

STS de 25 de enero de 2007. Sentencia 79/2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán. (RJ 2007,595).

STS de 30 de enero de 2007. Sentencia 46/2007. Recurso de casación 1147/2000. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (RJ 2007,1708)

STS de 23 de Febrero de 2007. Sentencia 199/2007. Recurso de casación 4118/1999. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández. (RJ 2007,811)

STS de 1 de marzo de 2007. Sentencia 237/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán. (RJ 2007,1509).

STS de 5 de marzo de 2007. Pleno de la Sala 1ª TS. (RJ 2007,723).

STS de 26 de abril de 2007. Sentencia 456/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Gil Sierra de la Cuesta. (RJ 2007,2393).

STS de 14 de junio de 2007. Sentencia 686/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael de la Cuesta Cascajares. (RJ 2007,3572).

STS de 14 de junio de 2007. Sentencia 725/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares. (RJ 2007,3515).

STS de 14 de junio de 2007. Sentencia 708/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2007,3516).

STS de 21 de junio de 2007. Sentencia 709/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (RJ 2007,3453).

STS de 25 de junio de 2007 (RJ 2007,6150).

STS de 26 de junio de 2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. (RJ 2007,6118).

STS de 27 de junio de 2007 (RJ 2007,3866).

STS de 4 de julio de 2007. Sentencia 795/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. (RJ 2007,3795).

STS de 23 de octubre de 2007 (RJ 2007,7408).

STS de 8 de noviembre de 2007. Sentencia 1167/2007. Recurso de casación 4002/2000. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Montés Penadés. (RJ 2007,8845).

STS de 14 de noviembre de 2007. Sentencia 1218/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. (RJ 2008,15).

STS de 5 de marzo de 2008. Sentencia 208/2008. Recurso de casación 37/2001. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2008,5213).

STS de 25 de marzo de 2008. Sentencia 233/2008. Recurso de casación 529/2001. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros. (RJ 2008,1497).

STS de 19 de junio de 2008. (RJ 2008,3225).

STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ 2008,5776).

STS de 4 de diciembre de 2008. Sentencia 1189/2008. Recurso de casación 264/2004. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. (RJ 2008, 6451)

STS de 10 de marzo de 2009. Sentencia 125/2009. Recurso de casación 989/2003. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. (RJ 2009, 2796).

STS de 3 de abril de 2009. Sentencia 231/2009. Recurso 1360/2004. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés. (RJ 2009,1755).

STS de 27 de abril de 2009. (RJ 2009,4732)

STS de 27 de mayo de 2009. Sentencia 389/2009. Recurso de casación 1883/2004. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. (RJ 2009, 3047).

STS de 25 de junio de 2009.Sentencia 454/2009. Recurso 2694/2004.Magistrado Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. (RJ 2009,4238).

STS de 6 de julio de 2009. Sentencia 541/2009. Recurso de casación 559/2005. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela. (RJ 2009,4453).

STS de 13 de noviembre de 2009. Sentencia 731/2009. Recurso de casación 552/2009. Magistrado Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. (RJ 2010,102).

STS de 20 de noviembre de 2009. Sentencia 781/2009. Recurso de casación 1904/2005. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2009,7296).

STS de 22 de marzo de 2010. Sentencia 190/2010. Recurso de casación 1052/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2010,3918).

STS de 13 de Abril de 2010. Sentencia 196/2010. Recurso de casación 1069/2006. Magistrado Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.(RJ 2010,4044).

STS de 22 de abril de 2010. Sentencia 242/2010. Recurso de casación 60/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2010,3544).

STS de 22 de abril de 2010. Sentencia 225/2010. Recurso de casación 483/2006. Magistrado Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. (RJ 2010,2561).

STS de 29 de abril de 2010. Sentencia 263/2010. Recurso de casación 1087/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2010,4355).

STS de 30 de abril de 2010. Sentencia 239/2010. Recurso de casación 677/2010 . Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. (RJ 2010,4360).



STS de 15 de junio de 2010. Sentencia 354/2010. Recurso de casación 1995/2005. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela. (RJ 2010,5393).

STS de 28 de junio de 2010. Sentencia 449/2010. Recurso de casación 1258/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2010, 5416)

STS de 1 de julio de 2010. Sentencia 459/2010. Recurso de casación 1839/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.(RJ 2010,3293)

STS de 6 de septiembre de 2010. Sentencia 518/2010. Recurso 1362/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. (RJ 2010,6953).

STS de 28 de junio de 2010.Sentencia 449/2010. Recurso 1258/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2010,5416)

STS de 1 de julio de 2010. Sentencia 459/2010. Recurso 1839/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2010,3293)

STS de 6 de septiembre de 2010. Sentencia 518/2010. Recurso 1962/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. (RJ 2010, 4573).

STS de 13 de octubre de 2010. Recurso 1957/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. (RJ 2010,8010).

STS de 15 de octubre de 2010. Sentencia 644/2010. Recurso 1866/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. (RJ 2010,7461).

STS de 10 de noviembre de 2010. Sentencia 675/2010. Recurso de casación 456/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2010,9156).

STS de 16 de marzo de 2011. Sentencia 155/2011. Recurso 1087/2007. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. (RJ 2011,2875).

STS de 31 de marzo de 2011. Sentencia 93/2011. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2011,4252).

STS de 14 de junio de 2011. Sentencia 456/2011. Recurso de casación 369/2008. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. (RJ 2011,4530).

ATS de 12 de julio de 2011. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. (RJ 2011,5116).

STS de 4 de octubre de 2011. Sentencia 714/2011. Recurso 1551/2008. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. (RJ 2011,6290).

STS de 20 de octubre de 2011. Sentencia 765/2011. Recurso de casación 1537/2008. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (RJ 2011,6846).

STS de 30 de noviembre de 2011. Sentencia 837/2011. Recurso de casación 1114/2008.Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. (RJ 2012,1639).

STS de 2 de diciembre de 2011.Sentencia 914/2011. Recurso de casación 1756/2008. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O´Callaghan Muñoz (RJ 2012,4520).

STS de 2 de diciembre de 2011 (RJ 2011, 8157)

STS de 16 de diciembre de 2011. Sentencia 951/2011. Recurso de casación 1853/2008. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O´Callaghan Muñoz. (RJ 2012,3527)

STS de 7 de Marzo de 2012. Sentencia 92/2012. Recurso de casación 2084/2008. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (RJ 2012,4059).

STS de 23 de Marzo de 2012. Sentencia 151/2012. Recurso de casación 223/2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (RJ 2012,5573)

STS de 26 de marzo de 2012. Sentencia 193/2012. Recurso de casación 602/2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. (RJ 2012,5133).

STS de 30 de marzo de 2012. Sentencia 223/2012. Recurso de casación 792/2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. (RJ 2012,127622)

STS de 11 de abril de 2012. Sentencia 241/2012. Recurso de casación 564/ 2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. (RJ 2012, 5746).

STS de 21 de junio de 2012. Sentencia 389/2012. Recurso de casación 2069/2009. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (RJ 2012,6859).

STS (Pleno) de 10 de septiembre de 2012 (RJ 2013,3366).

STS de 1 de octubre de 2012. Sentencia 568/2012. Recurso de casación 24/2010. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (RJ 2012,6030).

STS de 8 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno. (RJ 2013,2402).

STS de 15 de noviembre de 2012. Sentencia 673/2012, Recurso de casación 765/2010.Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (RJ 2013,19).

STS (Pleno) de 17 de enero de 2013. Sentencia 820/2013. Recurso de casación 820/2013. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. (RJ 2013,1819).

STS de 6 de febrero de 2013. Sentencia 23/2013. Recurso de casación 629/2010. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. (RJ 2013,350).

STS de 8 de marzo de 2013.Sentencia 166/2013. Recurso de casación 1827/2010. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O´Callaghan Muñoz. (RJ 2013,2286).

STS de 11 de marzo de 2013 (RJ 2013,2590).

STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013,4594)

STS de 29 de abril de 2013. Sentencia 364/2013. Recurso de casación 2055/2010. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sánchez Gargallo.(RJ 2013,2494).

STS de 30 de abril de 2013. Recurso de casación 186/2011. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. (RJ2013, 5873).

STS de 10 de junio de 2013 (RJ 2013,3944)

STS de 12 de febrero de 2014 (RJ2014,1400).

STS de 22 de mayo de 2014. Sentencia 235/2014. Recurso de casación 1668/2014. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. (RJ 2014,2261)

STS de 4 de septiembre de 2014. Sentencia 439/2014.Recurso 1496/2012. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (RJ 2014,4607).

STS de 6 de noviembre de 2014. Sentencia 618/2014. Recurso de casación 3261/2012. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (RJ 2014,4426)

STS 24 de febrero de 2015. Sentencia 66/2015. Recurso de casación 106/2013. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sánchez Papiol. (RJ 2015, 561)

STS de 30 de abril de 2015. Sentencia 236/2015. Recurso de casación 1022/2013. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O´Callaghan Muñoz. (RJ 2015,1702)

STS de 20 de mayo de 2015. Sentencia 279/2015. Recurso 487/2013. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (RJ 2015,2056).

STS de 29 de junio de 2015. Sentencia 387/2015. Recurso de casación 1631/2013. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O´Callaghan Muñoz. (RJ 2015,3192)

## **RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.**

STSJ de Cataluña Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) de 2 de enero de 2012. Sentencia 2/2012. Recurso de casación 46/2010. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio. (RJ 2012,4201).

## **JURISPRUDENCIA AUDIENCIAS PROVINCIALES.**

SAP de Badajoz (Sección 1ª) de 15 de enero de 1998. Sentencia 3/1998. Recurso de apelación 358/ 1997. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ramiro Baliña Mediavilla. (RJ 1998,89).

SAP de Barcelona (Sección 14º) de 15 de enero de 2001 (RJ 2001,114286).

SAP de Granada (Sección 3ª) de 28 de mayo de 2001. Sentencia 419/2001. Recurso de apelación 1177/2000. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Klaus Jochen AlbiezDorhmann. (RJ 2001,2060).

SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 9 de noviembre de 2001. Sentencia 725/2007. Recurso de apelación 280/2001. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Mateo Ramón Homar. (RJ 2002,41159).

SAP de Burgos (Sección 3ª) de 28 de enero de 2002. Sentencia 48/2002. Recurso de apelación 567/2001. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Esther Villimar San Salvador. (RJ 2002,98489).

SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 30 de enero de 2002 (R/J 2002,111862).

SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 5 de noviembre de 2002. Recurso de apelación 727/2002. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Amelia Mateo Marco. (RJ 2003,99924).

SAP de Murcia (Sección 5ª) de 3 de diciembre de 2002. Sentencia 428/2002. Recurso de apelación 406/2002. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Cánovas Martínez (RJ 2003.113249).

SAP de Almería (Sección 2ª) de 6 de junio de 2003 (RJ 2003,178031).

SAP de Cádiz (Sección 1ª) de 14 de julio de 2003 (RJ 2003,219377).

SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) de 22 de septiembre de 2003. Sentencia 191/2003. Recurso de apelación 338/2002. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Rosa Villegas Mozos. (RJ 2004,293).

SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 29 de octubre de 2003. Sentencia 708/2003. Recurso 418/2003. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. (RJ 2003,5913).

SAP de Cantabria (Sección 1ª) de 26 de enero de 2004. (RJ 2004,80666).

SAP de Cádiz (Sección 2ª) de 24 de febrero de 2004 (RJ 2004,105719).

SAP de Alicante (Sección 7ª) de 15 de abril de 2005. Sentencia 155/2005. Recurso de apelación 775/2004. Ilmo. Sr. D. José Teófilo Jiménez Morago. (RJ 2005, 58384)

SAP de Madrid (Sección 18ª) de 13 de mayo de 2005. Sentencia 260/2005. Recurso de apelación 655/2004. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Lorenzo Pérez San Francisco. (RJ 2005, 163237).

SAP de Madrid (Sección 14ª) de 9 de junio de 2005. Sentencia 398/2005. Recurso 336/2004. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Quecedo Aracil. (RJ 2005,176706).

SAP de Las Palmas (Sección 5ª) de 3 de octubre de 2005. Recurso 689/2004. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. Ángel Guzmán Montesdeoca Acosta. (RJ 2005,26224).

SAP de Alicante (Sección 6ª) de 16 de febrero de 2006. Sentencia 78/2006. Recurso de apelación 468/2005. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva. (RJ 2006,243687).

SAP de Burgos (Sección 2ª) de 20 de abril de 2006. Sentencia 129/2006. Recurso de apelación 57/2006. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Mauricio Muñoz Fernández (RJ 2006,203233).

SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 2 de mayo de 2006. Sentencia 173/2006. Recurso de apelación 229/2006. Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Paumard Collado. (RJ 2006,166592).

SAP de Madrid (Sección 12ª) de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006,2028).

SAP de Granada (Sección 4ª) de 7 de julio de 2006. Sentencia 380/2006. Recurso de apelación 576/2005. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Ruiz-Rico Ruiz. (RJ 2007,1)

SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 30 de noviembre de 2006. Recurso 313/2006. D. Agustín Ferrer Barriendos. (RJ 2006,10066).

SAP de Segovia (Sección 1ª) de 17 de julio de 2008. Sentencia 130/2008. Recurso de apelación 240/2008. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco. (RJ TOL.1395356.)

SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 10 de abril de 2008. Sentencia 200/2008. Recurso de apelación 452/2008. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos. (RJ 2008,171298).

SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 8 de octubre de 2008. Sentencia 464/2008. Recurso de apelación 3738/2008. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talayero. (RJ 2009,65892).

SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 24 de octubre de 2008. Sentencia 296/2008. Recurso 263/2008. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Miguel Rodríguez Fernández. (RJ 2009,121812).

SAP de Barcelona (Sección 1ª) de 11 de noviembre de 2008. Recurso de apelación 541/2007. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique Alavedra Farrando. (RJ TOL 1.439.666).

SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 20 de marzo de 2009. Sentencia 96/2009. Recurso 346/2008. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Luis Díaz Roldán. (RJ 2009,763).

SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 22 de julio de 2009. Sentencia 399/2009. Recurso de apelación 980/2008. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Mercedes Hernández Ruiz-Olalde. (RJ 2009,464458).

SAP de La Coruña (Sección 6ª) de 17 de febrero de 2010.Sentencia 58/2010. Recurso de apelación 487/2008. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Bernardino Varela Gómez. (RJ 2010,197942).

SAP de Tenerife (Sección 3ª) de 5 de marzo de 2010. Sentencia 107/2010. Recurso de apelación 39/2010. Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª Concepción Macarena González Delgado (RJ TOL 2012462)

SAP de Burgos (Sección 3ª) de 18 de marzo de 2010. Sentencia 128/2010. Recurso de apelación 40/2010. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia. (RJ 2010,176123).

SAP de Baleares(Sección 5ª) de 30 de marzo de 2010.Sentencia 122/2010. Recurso de apelación 615/2009. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló. (RJ 2010,994).

SAP de Madrid (Sección 12ª) de 18 de mayo de 2010.Sentencia 768/2008. Recurso Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Margarita Orejas Valdés. (RJ 2010,229094).

SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 30 de mayo de 2010. Sentencia 122/2010. Recurso de apelación 615/2009. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló. (RJ 2010,779).

SAP de Alicante (Sección 8ª) de 9 de julio de 2010. Sentencia 296/2010. Recurso de apelación 250/2010. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Soriano Guzmán. (RJ 2010,355662).

SAP de Alicante (Sección 8ª) de 9 de septiembre de 2010 (RJ 2010 ,3174).

SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 13 de septiembre de 2010 (RJ 2010,334201).

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 5 de octubre de 2010. Sentencia 302/2010. Recurso 271/10. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. (RJ TOL2091801).

SAP de Alicante (Sección 6ª) de 25 de octubre de 2010. Sentencia 47/2007. Recurso 1147/2000. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Encarnación Caturla Juan. (RJ 2011,22710).

SAP de Valencia (Sección 9ª) de 29 de noviembre de 2010 (RJ 2010,5858).

SAP de Valencia (Sección 9ª) de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011,655).

SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 10 de marzo de 2011 (RJ 2011, 180183).

SAP de Ciudad Real (Sección 1ª), de 12 de abril de 2011. Recurso de apelación 29/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Escribano Cobo. (RJ 2011,208975).

SAP de Madrid /Sección 20ª), de 19 de mayo de 2011. Sentencia 175/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González. (RJ 2011,268671).

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 11 de julio de 2011 (RJ 2011,318820).

SAP de Madrid de 19 de julio de 2011. Sentencia 366/2011. Recurso de apelación 27/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Pozuelo Pérez. (RJ 2011,338427).

SAP de las Palmas (Sección 4ª) de 21 de julio de 2011. Recurso de apelación 463/2010. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María de la Paz Pérez Villalba. (RJ 2011,376222).

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 28 de julio de 2011 (RJ 2011,315803).

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 7 de septiembre de 2011. Sentencia 368/2011. Recurso de apelación 370/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg. (RJ 2011,349599).

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 13 de septiembre de 2011 (RJ 2011,346445).

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 16 de septiembre de 2011. Sentencia 384/2011. Recurso de apelación 341/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas. (RJ 2011,349559).

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 21 de octubre de 2011. Sentencia 443/2011. Recurso de apelación 655/2010. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas. (RJ 2011,393866).

SAP de Valencia (Sección 8ª) de 10 de noviembre de 2011. Sentencia 581/2011. Recurso 487-C. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Eugenio Sánchez Alcaraz. (RJ 2012,12779).

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 16 de noviembre de 2011. Sentencia 448/2011. Recurso de apelación 426/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá. (RJ 2012,98205).

SAP de Barcelona (Sección 13ª) de 30 de diciembre de 2011. Sentencia 651/2011. Recurso de apelación 649/2010. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª M. dels Angels Gomis Masque. (RJ 2011,13133).

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 18 de enero de 2012. Sentencia 14/2012. Recurso de apelación 500/2011. Magistrado Ponente Ilma. Sra. María del Carmen Antón-Vilariño López. (RJ 2012,275).

SAP de Barcelona (Sección 11ª) de 19 de enero de 2012. Sentencia 9/2012. Recurso de apelación 11/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José María Bachs Estany. (RJ 2012,453)

SAP de Madrid (Sección 12ª) de 30 de enero de 2012. Sentencia 52/2012. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández de Sevilla. (RJ 2012,228888).

SAP de Madrid (Sección 19ª) de 9 de febrero de 2012. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez. (RJ 2012,108874)

SAP de Madrid (Sección 12ª) de 20 de febrero de 2012 (RJ 2012,108874)

SAP de Palma de Mallorca (Sección 5ª) de 27 de febrero de 2012. Sentencia 96/2012. Recurso de apelación 413/2011. Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª Covadonga Sola Ruiz. (RJ 2012, 124255)

SAP de Álava (Sección 1ª) de 1 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Mercedes Guerrero Romeo. (RJ 2012,185465).

SAP de Lleida (Sección 2ª) de 20 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Ana Cristina Sainz Pereda. (RJ 2012,154060).

SAP de Valencia (Sección 6ª) de 30 de marzo de 2012.Sentencia 207/2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Mestre Ramos. (RJ 2012,250716).

SAP de la Coruña (Sección 4ª) de 2 de abril de 2012. Sentencia 235/2014. Recurso de casación 1668/2014. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Ana Díaz Martínez. (RJ 2012, 155920).

SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 4 de abril de 2012.Sentencia 190/2012. Recurso de apelación 727/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Fernando Carbajo Cascón. (RJ 2012,397).

SAP de Castellón (Sección 3ª) de 12 de noviembre de 2012. Sentencia 531/2012. Recurso de apelación 315/2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Adela Bardón Rodríguez. (VLEX 425467986)

SAP de La Coruña (Sección 6ª) de 30 de noviembre de 2012. Sentencia 308/2012. Recurso de apelación 483/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Ramón Sánchez Herrero. (RJ 2013,34693).

SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 2 de enero de 2013. Sentencia 8/2013. Recurso de apelación 725/2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Marta Font Marquina.(RJ 2013,594).

SAP de Madrid (Sección 18ª) de 25 de febrero de 2013. Sentencia 94/2013. Recurso 473/2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Guadalupe Jesús Sánchez. (RJ 2013,3432).

SAP de Barcelona (Sección 1ª) de 26 de febrero de 2013. Sentencia 98/2013. Recurso de apelación 620/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Ramón Recio Córdova. (RJ 2013,165611).

SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 11 de abril de 2013. Sentencia 227/2013. Recurso de apelación 194/2012. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique Alavedra Farrando. (RJ 2013,190256).



SAP de Alicante (Sección 6ª) de 26 de abril de 2013. Sentencia 177/2013. Recurso de apelación 43/2013. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Encarnación Caturla Juan. (RJ 2013,253598).

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 2 de mayo de 2013. Sentencia 170/2013. Recurso de apelación 143/2013. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas. (RJ 2013,1450).

SAP de Valencia (Sección 11ª) de 10 de mayo de 2013. Sentencia 215/2013. Recurso de apelación 1214/2011. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Susana Catalán Muedra. (RJ 2013,2029).

SAP de Valencia (Sección 8ª) de 20 de mayo de 2013. Sentencia 229/2013. Recurso de apelación 667/2012. Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª Mª Fe Ortega Mifsud. (RJ 2013,2303)

SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 4 de junio de 2013. Sentencia 321/2013. Recurso de apelación 917/2011. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Inmaculada Concepción Zapata Camacho. (RJ 2013, 6860).

SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 10 de julio de 2013. Sentencia 256/2013. Recurso de apelación 68/2012. Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª María Elena Corral Losada. (RJ 2013,278895).

SAP de Las Palmas (Sección 4ª) de 18 de octubre de 2013. Sentencia 374/2013. Recurso de apelación 114/2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Elena Corral Losada. (R/J 2013, 349136).

SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 27 de noviembre de 2013. Sentencia 534/2013. Recurso de apelación 88/2012. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Paulino Rico Rajo. (RJ 2014,52514).

SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 6 de febrero de 2014. Sentencia 31/2014. Recurso de apelación 297/2013. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Pilar Astray Chacón. (2014,113).

SAP de Vigo (Sección 6ª) de 18 de febrero de 2014. Sentencia 194/2014. Recurso de apelación 794/2012. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzabal. (R/J 2014, 328).

SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 28 de julio de 2014. Sentencia 381/2014. Recurso 958/2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Ana María Ninot Martínez. (RJ 2014,295498)

SAP de Madrid (Sección 10ª) de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015,1292)

SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015,63)

SAP de Burgos (Sección 3ª) de 31 de marzo de 2015. Sentencia 86/2015. Recurso de apelación 21/2015. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ildefonso Jerónimo Fernández de Palecia. (RJ 2015,218)

SAP de Madrid (Sección 13ª) de 25 de mayo de 2015. Sentencia 181/2015. Recurso de apelación 671/2014. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Modesto de Bustos Gómez-Rico. (RJ 2015,6612)

SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 4 de junio de 2015. Sentencia 172/2015. Recurso de apelación 217/2015. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano. (RJ 2015,160648)

## **AUTOS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**

AAP de Burgos (Sección 3ª) de 22 de noviembre de 2005 (R/J 2006,9267).

AAP de Lleida (Sección 2ª) de 16 de marzo de 2006. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Ana Cristina Sainz Pereda. (R/J 2006,249841).

AAP de Barcelona (Sección 1ª) de 29 de marzo de 2006. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María Dolores Portella Lluch. (R/J 2006,66).

AAP de Las Palmas (Sección 3ª) de 18 de abril de 2006. Auto 53/2006. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García. (R/J 2006,199174).

AAP de Barcelona (Sección 16ª) de 8 de marzo de 2007. Auto 33/2007. Recurso 568/2006. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. (RJ 2007,20714).

AAP de Barcelona (Sección 16ª) de 13 de abril de 2007. Auto 68/2007. Recurso de apelación 364/2006. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Inmaculada Zapata Camacho. (RJ 2007,242924).

AAP de Huelva (Sección 1ª) de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007,2175).

AAP de Barcelona (Sección 16ª) de 26 de junio de 2007. Auto 151/2007. Recurso de apelación 400/2006. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos. (RJ 2007,292780).

AAP de Las Palmas (Sección 5ª) de 22 de noviembre de 2007. Auto 181/2007. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre. (RJ 2008,65710).

AAP de Madrid (Sección 20ª). Auto 132/2008 de 9 de abril. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Peñas Gil. (RJ 2008,1042).

AAP de Madrid (Sección 20ª) de 21 de abril de 2009. Auto 162/2009. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Sagrario Arroyo García. (RJ 2009,1030).

AAP de Las Palmas (Sección 5ª) de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010,1946).

AAP de Las Palmas (Sección 4ª) de 19 de marzo de 2010. Auto 173/2010. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª María de la Paz Pérez Villalba. (RJ 2010,419234).

AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 16 de junio de 2010. Auto 105/2010. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio Fernando Suarez Díaz. (RJ 2011,8615).

AAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 28 de febrero de 2011. Auto 34/2011. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló. (RJ 2011,1882).

AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 19 de enero de 2012. Auto 5/2012. Magistrado Ponente Ilma. Sra. Dª Pilar Aragón Ramírez. (RJ 2012,85081).

AAP de Madrid (Sección 28ª) de 26 de marzo de 2012. Auto 53/2012 de 26 de Marzo. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González. (RJ 2012,177240).

AAP de Madrid (Sección 12ª) de 12 de abril de 2012. Auto 244/2012. Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández de Sevilla. (R/J 2012,169934).

## **RESOLUCIONES DE LA DGRN**

RDGRN de 25 de septiembre de 1979. BOE 20-10-1979.

RDGRN de 5 de febrero de 1986. BOE 28-02-1986

RDGRN de 6 de febrero de 1986. BOE 20-02-1986.

RDGRN de 23 de octubre de 1987. BOE 18-11-1987.

RDGRN de 26 de octubre de 1987. BOE 21-11-1987.

RDGRN de 5 de abril de 1990. BOE 08-06-1990.

RDGRN de 24 de junio de 1991. BOE 16-08-1991.

RDGRN de 16 de mayo de 1996. BOE 12-06-1996.

RDGRN de 6 de noviembre de 1996. BOE 17-12-1996.

RDGRN de 17 de julio de 1998. BOE 11-08-1998.

RDGRN de 5 de enero de 1999. BOE 09-02-1999.

RDGRN de 29 de abril de 1999. BOE 25-05-1999.

RDGRN de 14 de septiembre de 2000. BOE 24-10-2000.

RDGRN de 26 de septiembre de 2000. BOE 10-11-2000.

RDGRN de 5 de abril de 2002. BOE 30-05-2002.

RDGRN de 18 de noviembre de 2002. BOE 28-12-2002.

RDGRN de 12 de diciembre de 2003. BOE 07-02-2004.

RDGRN de 16 de febrero de 2005. BOE 06-04-2005.

RDGRN de 13 de julio de 2005. BOE 09-09-2005.

RDGRN de 5 de mayo de 2006. BOE de 19-06- 2006.

RDGRN de 24 de febrero de 2007. BOE 04-04-2007.

RDGRN de 26 de febrero de 2007 BOE 04-04-2007.

RDGRN de 27 de febrero de 2007. BOE 04-04-2007.

RDGRN de 19 de julio de 2007. BOE 07-07-2007.

RDGRN de 6 de febrero de 2009. BOE 14-03-2009.

RDGRN de 7 de mayo de 2009. BOE 09-06-2009.

RDGRN de 30 de mayo de 2009. BOE 16-06-2009.

RDGRN de 3 de junio de 2009. BOE 27-06-2009.

RDGRN de 6 de junio de 2009. BOE 20-07-2009.

RDGRN de 3 de febrero de 2010. BOE 05-04-2010.

RDGRN de 1 de abril de 2011. BOE 4-05-2011.

RDGRN de 28 de junio de 2011. BOE 07-10-2011.

RDGRN de 29 de junio de 2011. BOE 07-10-2011.

RDGRN de 5 de marzo de 2012. BOE 07-05-2012.

RDGRN de 12 de marzo de 2012. BOE 07-05-2012.

RDGRN de 21 de junio de 2012. BOE 26-07-2012.

RDGRN de 17 de julio de 2012. BOE 03-10-2012.

RDGRN de 3 de septiembre de 2012. BOE 11-11-2012.

RDGRN de 20 de febrero de 2013. BOE 19-03-2013.

RDGRN de 17 de mayo de 2013. BOE 26-06-2013.

RDGRN de 17 de junio de 2013. BOE 26-07-2013.

RDGRN de 25 de marzo de 2014. BOE 29-04-2014.

RDGRN de 14 de abril de 2014. BOE 13.05.2014

### **RESOLUCIONES DE LA DGEJC.**

RDGEJC de 20 de febrero de 2008. DOGC 05-03-2008.

RDGEJC de 22 de abril de 2010. DOGC 31-05-2010.

RDGEJC de 1 de diciembre de 2010. DOGC 13-01-2011.

RDGEJC de 26 de mayo de 2011. DOGC de 01-07-2011.

### **RESOLUCIONES DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL**

AJMER de Bilbao núm. 1 de 22 de marzo de 2005 (RJ 2005,247)

AJMER de Alicante núm. 1 de 23 de febrero de 2006 (RJ 2006,372).

AJMER de Barcelona núm. 2 de 24 de mayo de 2006 (RJ 2006,1217).

SJMER de Barcelona núm.2 de 15 de diciembre de 2009. Incidente concursal 408/2009. (RJ 2009,63).

SJMER de Madrid núm. 6 de 4 de abril de 2011 (RJ 2011,141450).

SJMER de La Coruña núm. 88 de 11 de marzo de 2011. Recurso 408/2008. (RJ 2011,18).

### **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL.**

RTEAC de 26 de septiembre de 1996. (RJ 1996,1392). Jurisprudencia Tributaria.

## BIBLIOGRAFIA

**ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, Fernando M; XIOL BARDAJÍ, María; LUNA YERGA, Álvaro.** “Crisis económica y cláusula *Rebus sic stantibus* ¿Cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 3/2013. Parte Comentario. Editorial Aranzadi S.A Pamplona 2013. BIB 2013\1056. pgs 1-8. (consultado el 27-05-2014).

**ALONSO PÉREZ, Mª Teresa.** *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*. Centro de Estudios Registrales. 1ª Edición. Año 2000.

-“El crédito preferente de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: Los derechos de sobre y subedificación”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. mayo-junio 2001. pgs. 1028-1075. Id. Vlex: VLEX-328187 <http://vlex.com/vid/328187>. (consultado el 28-01-2013).

**ALONSO PÉREZ, Mariano.** “Comentario al art. 358 del Código Civil” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO. Tomo V. vol. 1º. Madrid 1990.

**ÁLVAREZ MORENO, Mª Teresa.** “La cesión de solar por pisos o locales en edificio construido” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. vol. I. Parte Estudio. Editorial Aranzadi. 1995. pgs. 79-118

**ÁLVAREZ MORENO, Mª Teresa; JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos.** “Comentario a la Sentencia del TS (Sala 1ª) de 31 de julio de 1995” *Revista de Derecho Privado*. núm. 794. Año 80. 1996. pgs. 161-170.

**ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael.** *La resolución de los contratos bilaterales*. Ed. Comares. Granada. 1986.

-“Art. 1124 CC” en *Comentario del CC dirigido por CÁNDIDO PAZ-ARES; LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN; RODRIGO BERCOVITZ; PABLO SALVADOR CODERCH*. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid 1991. pgs. 96-99.

**AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina.** *La cláusula Rebus sic stantibus*. Tirant Monografías. Año 2003.

**ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis.** “El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento. (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 664. pgs. 681-717 marzo-abril 2001. Id. Vlex: Vlex-328170 <http://vlex.com/vid/328170>.

-“Sobreelevación de edificios: requisitos para su constitución como derecho autónomo y duración del mismo en caso de perecimiento del edificio gravado. Comentario a la sentencia del TS de 23 de octubre de 2007”. *Revista de Derecho Patrimonial*. núm. 21. 2008. pgs. 331-346

**ARNAIZ EGUREN, Rafael.** *Terreno y Edificación. Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*. Thomson Reuters. 1ª edición. junio de 2010.

**ARNAU MOYA, Federico.** “Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra” *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. Núm. 22. pgs. 213-233

-“La transmisión de la propiedad en el contrato de cesión por obra futura”. *Actualidad Civil*. núm. 6. pgs. 656-674. marzo 2009.

**ARIAS BONET, Juan Antonio.** *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1984. 17ª edición.

**ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro.** “Comentario a la Resolución de 4 de febrero de 1988”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1988. núm. 585.

**AVILA NAVARRO, Pedro.** “Extensión de la condición explícita en la contratación inmobiliaria”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 625. pgs. 2581-2620 noviembre-diciembre 1994.

**BADOSA COLL, Ferrán; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro.** “La cessió de finca o edificabilitat a canvi de construcció futura: estudi preliminar.” Projected’investigació DGES PB 98-1173, enmarcado en el III Pla de recerca de la Generalitat de Catalunya (2001 SGR 00022).(consultado 10-02-2012)

**BALLESTEROS ALONSO, Manuel.** “Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1992. pgs 2055-2084.

**BARRAL VIÑALS, Inmaculada.** “La modalitat de cessió de quota a canvi de construcció futura”. *La Notaria*. Núm. 9-10/2001. septiembre 2001. pg. 141-150

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; MUÑIZ ESPADA, Esther; AVILÉS GARCÍA, Javier; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael; COSTAS RODAL, Lucía; GARCÍA GARNICA, Mª del Carmen; MORALES IMBERNÓN, Nieves; RUBIO GARRIDO, Tomás.** *Contratos con finalidad traslativa de dominio. Contrato de Permuta. Cesión de solar por pisos o locales en edificio a construir*. <http://www.tirantoline.com> TOL1810039. Epígrafe 12. pgs 1-40. (consultado el 06.05.2013)

**BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo.** *Introducción al derecho de contratos*. <http://www.tirantoline.com> TOL1.799.158. Epígrafe 2. pgs 1-9(consultado el 04-05-2014).

- “Comentario al art. 1504 del Código Civil”. *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*. Editorial Aranzadi S.A. enero 2009. BIB 2009\1075. pgs 1-2 (consultado el 26-03-2014).



**BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula.** “Comentario a la STS de 5 de Julio de 1989”  
*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.* 1989. núm. 21. pg. 789-798.

-*Derecho de obligaciones y contratos.* 3ª edición. 1998. [http:// tirantoline.com](http://tirantoline.com/TOL10366)  
TOL10366. (consultado el 24-04-2014).

**CABANAS TREJO, Ricardo.** “La Ley sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura.” *La Notaría.* núm. 9-10/2003. septiembre 2003. pgs. 85-90.

**CABANAS TREJO, Ricardo; SÁNCHEZ PRATS, Ildefonso.** “Breve apunte sobre la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de la Generalitat de Catalunya, sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura.”. *La Notaria.* núm 3/2002, marzo 2002, pgs. 62-76

**CABANAS TREJO, Ricardo; MICÓ GINER, Javier; JUÁREZ, Máximo Javier.** “La Ley 23/2001, de 31 de Diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura”. *La Notaría.* núm. 6/2002. junio 2002.pgs. 15-45.

**CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la.** *Estudios sobre Derecho Civil.* Ed. Montecorvo. Madrid 1985.

**CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio.** *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro.* José María Bosch editor. Bosch Civil. Barcelona. 1ª edición. Año 2006.

**CARRASCO PERERA, Ángel.** “*Ius aedificandi*” y *accesión*(la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos). Montecorvo. Madrid. 1986.

-*Los derechos de garantía en la Ley Concursal.* Editorial Thomson Cívitas. 2ª edición. 2008.

-“Resolución de la DGRN de 16 de Mayo de 1996. Inscripción de escritura de segregación y permuta de solar por pisos futuros. Adquisición de la propiedad de los

pisos. Modo de Acceso al Registro del derecho del cedente del solar”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 43, pgs. 61 y ss.

-“La accesión: la construcción extralimitada”. *La Notaría*. 9-10. Año 2001. pgs. 36-43

**CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen.** *Derecho de la construcción y la vivienda*. Editorial Dilex S.A. 2008. 6ª Edición.

**CASTÁN TOBEÑAS, José.** *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de obligaciones*. Tomo IV. Editorial Reus. S.A 10ª edición. 1988.

-*Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II. Derecho de cosas. Tomo II. Volumen 1º. Editorial Reus. Madrid. Año 1987. 13ª edición.

**CASTILLA BAREA, Margarita.** “La desaparición sobrevenida de la causa y la imposibilidad sobrevenida fortuita en la compraventa a consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico”. *Homenaje al profesor MANUEL CUADRADO IGLESIAS*. Registradores de España. Thomson Civitas. vol. 1. Año 2008. pgs. 1433-1489.

**CASTRO Y BRAVO, Federico de.** *Derecho Civil de España*. Vol. I. Tomo I. Thomson Civitas. Editorial Aranzadi. 1ª edición. Año 2008. (reedición).

**CASERO LINARES, Luis.** *La tercería de Dominio*. Editorial Bosch. 2008. 1ª edición.

**CHICO ORTÍZ, José María** “Permuta de Solar por finca a construir y entregar en acta notarial” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 638. enero-febrero 1997 pgs 177-188.

-“Resolución de 16 de mayo de 1996”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 638. enero-febrero 1997. pgs. 177-188.

**CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo.** “Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada según nuestra jurisprudencia”. *Revista Civil*

*Aranzadi Doctrinal*. núm. 5/2012. Parte estudio. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2012.pgs. 1-14. (consultado el 26-03-2014).

**CLEMENTE MEORO, Mario Emilio.** *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia.1998.

**CHULIÁ VINCENT, Eduardo. BELTRÁN ALANDETE, Teresa.** *Contratos Atípicos*.<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/contratos-atipicos-248593.pgs>. 1-15.(consultado el día 17-04-2013).

**CORVO LÓPEZ, Felisa María.** “El derecho de sobreedificación y subedificación ante las exigencias del principio de legalidad”. *Estudios jurídicos en homenaje a VICENTE. L. MONTÉS PENADÉS*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2011. pgs. 683-712.

**COSTAS RODAL, Lucía.** “Imposibilidad sobrevenida y resolución del contrato de cesión de solar por obra futura. STS. 20 de Noviembre de 2012”.*Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 10/2013. Comentario. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2013. BIB 2013\173. pgs. 99-105.

**CURIEL LORENTE, Fernando.** *Concurso de Acreedores y Registro de la Propiedad*. Cuadernos de Derecho Registral. 2004.

**DÍAZ FRAILE, Juan María.** “Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad.” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 81. núm. 688. Año 2005. pgs. 482-512.

-“Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 2000 por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 665. Mayo-junio 2001. pgs. 1185-1246.

**DÍAZ MARTÍNEZ, Ana.** “Cesión de Solar por obra futura y determinación del objeto”. *Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 2/2010. Comentario. BIB 2010/674. pgs. 33-42. (consultado el 17-07-2012).

“La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 7/2013 Parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2013. pgs. 47-64. (consultado el 13-05-2014)

**DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup> del Rosario.** *Gastos y Mejoras en la liquidación del estado posesorio*. Editorial MacGraw Hill. Madrid 1997.

**DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio.** *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas*. Volumen. III. Editorial Tecnos. 1978. 1<sup>a</sup> edición.

-*Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Editorial Tecnos. 9<sup>a</sup> edición. Año 2004. 4<sup>a</sup> reimpresión.

**DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luís.** *Los incumplimientos resolutorios*. Thomson Civitas. Cuadernos Cívitas. 2005.

-*Fundamentos de derecho civil patrimonial II*. 5<sup>a</sup> edición.

**DOMENGE AMER, Bartolomé.** *El derecho de sobreedificación y subedificación*. Ilustre Colegio Notarial de Baleares. Palma de Mallorca. 1983.

**ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel.** *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el CC*. Universidad de Sevilla 2011.

**FAUS, Manuel.** “Permuta de Solar por finca futura.” *Breviario Civil 1*. Año 2012. <http://libros-revistas-derecho-vlex.es/vid/permuta-solar-finca-futura-261672>. pgs 1-14. (consultado el 09-10-2012).

-“Condición resolutoria de la venta” *Breviario Civil 1: Contratos*. Id. Vlex: vlex-238024 <http://vlex.com/vid/238024>. (consultado el 05-02-2013).

**FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio.** “Los contratos de Permuta y Estimatorio”. *Lecciones*. pgs 209-234. <http://www.repositorio.uam> (consultado el 01-10-2015).

**FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio.** “Controversias del derecho de sobreedificación” *Revista de Derecho Patrimonial*. 1998. núm. 1. pgs. 97-115.

**FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier.** “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. vol. I Parte Estudio. pg. 2. Editorial Aranzadi S.A Pamplona 1997 BIB 1997\62. pgs. 51-86.

**FERRANDO NICOLAU, Esperanza:** La permuta de suelo por construcción futura en Derecho alemán. En *Estudios de Derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor CELESTINO CANO TELLO*. Valencia. Universitat de Valencia. Departament de Dret civil. Tirant lo Blanch. 2002. pgs. 199-226.

**GALICIA AIZPURUA, Gorka; BERCOVITZ RODRÍGUEZ –CANO, Rodrigo; CASTILLA BAREA, Margarita; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> del Carmen. MADRAZO LEAL, Juan; PÉREZ CONESA, Carmen.**

*Eficacia del Contrato. Novación modificativa del contrato/incidencia sobrevenida de factores externos con capacidad de alterar el contenido contractual. La doctrina de la cláusula rebus sic standibus.* Epígrafe 8.pgs. 1-13. Documento TOL1.803.702. <http://www.tirantoline.com>(consultado el 04-05-2014)

**GARCÍA CANTERO, Gabriel.** “Art. 1538 CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. dirigido por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA*. Tomo XIX. Artículos 1445 a 1541. <http://vlex.com/vid/artículo-1-538-257163>. Id. vLex: VLEX-257163. pgs. 1-31 (consultado el 08-10-2014).

**GARCÍA GARCÍA, José Manuel.** *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo III. Calificación, tracto, especialidad y otros principios*. Ed. Cívitas. 2002. 1<sup>a</sup> edición.

-“Permuta de solar por piso futuro. Posibilidades de Inscripción de los pisos en construcción. (Resolución de 16 de Mayo de 1996. BOE de 12 de Junio de 1996)”.

*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 640. Mayo-Junio 1997. pgs. 1129 y ss.

**GARCÍA MEDINA, José.** “Adquisición de la propiedad por accesión. *Sentencias TSJ y AP y otros tribunales*. Núm. 20/2002. Parte comentario. Editorial Aranzadi. Pamplona 2003.(consultado el 01-07-2014).

**GETE-ALONSO CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen. SANTOS RUIZ DE EGUILAZ, Jesús.** *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*. Editorial Bosch. 2005.

**GIMÉNEZ COSTA, Ana.** “Los supuesto de incumplimiento en el régimen de resolución del contrato de cesión de finca a cambio de edificación futura en el Derecho Civil vigente en Cataluña”. Trabajo enmarcado en el proyecto SEJ2006-14875-C02-02. pgs 1-10.(consultado el 20 de julio 2012).

**GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> Carmen.** “Responsabilidad en la construcción. Defectos constructivos y daños a terceros. <http://www.uclm.es/ConstrucciónVivienda/ResumenResponsabilidadConstrucción.pdf>. pgs 1-29 (consultado el 01-10-2015).

-El retraso en la licencia de primera ocupación no es incumplimiento esencial si ya está solicitada y el promotor prueba que se cumplen los requisitos para su concesión. Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562 del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”) que dirige el Prof. ÁNGEL CARRASCO PERERA. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco). pgs. 1-8 (consultado el 25-05-2015).

**GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo.** “Extensión del dominio en sentido vertical”  
*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 1. 1925. pgs. 11 y ss.

**GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael.** “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la edificación”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 661. Año 2000. pgs. 1691-2726.

**GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, María.** *El principio de especialidad registral*. Cuadernos de Derecho Registral. Año 2005.

-“La tradición instrumental como peculiar forma de entrega”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 706. marzo-abril 2008. pgs. 925-929

**GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo.** “Ámbito natural y límites del ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña”. *Indret* 4/2012. pgs. 1-49

**HAZA DÍAZ, Pilar de la.** *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la Jurisprudencia del T.S.* MacGraw Hill. Madrid. 1996.

**HERNANDEZ ANTOLÍN, José Manuel.** “El negocio de aportación de solar a cambio de edificación a construir”. *Manual de Derecho de la construcción*. Coordinadora SUSANA SAN CRISTÓBAL REALES. Manuales Profesionales la Ley. La Ley. Grupo WoltersKluwer. 1ª edición. Año 2008. pgs. 1251-1287

**HERNÁNDEZ FRAGA, Katiuska y GUERRA COSME, Daney.** “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación educativa*. núm. 6. Junio de 2012. pgs 27-46  
Universidad de Málaga. <http://www.eumednet/rev/rejie>.(consultado el 24-03-14)

**HERRERO GARCÍA, Mª José.** “Art. 1273 CC. Comentario arts. 1261-1280” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigida por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA. Tomo XVII. Editorial de Derecho Privado. 1993.

Id: vlex: VLEX231162 <http://vlex.com/vid/231162>. pgs. 1-56. (consultado el 30 enero de 2013).

**IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel de la.** *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales.* Monografías. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores Civiles y Mercantiles de España. 2<sup>a</sup> edición. Año 2000.

-“Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000.(Estudio Jurisprudencial del derecho de elevación)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 659. mayo-junio 2000. pgs. 2003-2032.

-“A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la STS de 31 de Enero de 2001 de la Sala Contencioso-Administrativa del TS”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 667. pgs. 1835-1902.

-“Algunas notas actuales sobre el libro del edificio y su acceso al Registro de la Propiedad. *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor JOAQUIN RAMS ALBESA*. Ed. Dykinson. 1<sup>a</sup> edición. Año 2013. pgs. 523-542

-“La LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: otra ley sin recursos económicos para su ejecución”. <http://hayderecho.com/2015/09/20//la-lo82015-de-modificacion-del-sistema-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia-otra-ley-sin-recursospara-su-ejecucion>. (consultado 20-09-2015).

**JIMÉNEZ LINARES, M<sup>a</sup> José.** “Resolución por incumplimiento de los contratos de permuta de solar”. *Aranzadi Civil* 12/2005. pgs. 2073-2086.(consultado 27-04-2011).

**LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís.**



*Elementos de Derecho Civil III Bis. Derecho Inmobiliario Registral.* José María Bosch editor S.A. Barcelona. Reimpresión 1990. 2ª edición.

**LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli;** “El derecho del cedente de solar a cambio de obra futura: visión actualizada de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de Mayo de 1996.”(Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de Mayo de 1996, en virtud de recurso gubernativo interpuesto contra la negativa a inscribir una escritura de segregación y permuta)” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* núm. 688, marzo-abril 2005. pgs. 697-712.

**LASARTE ÁLVAREZ, Carlos.** “Art. 1125” en *Comentario del Código Civil.* Tomo II. Dirigido por CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, LUIS DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, RODRIGO BERCOVITZ; PABLO SALVADOR CODERCH. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid 1991.pgs.100 y ss.

**LATORRE SEGURA, Ángel.** *Introducción al derecho.* Ariel quincenal. Editorial Ariel S.A. 10ª edición. 1984.

**LEGAZ LACAMBRA, Luis.** *Filosofía del Derecho.* Editorial Bosch. 5ª edición. 1979

**LYCZKOWSKA KAROLINA.** “Resolución por frustración de la finalidad del contrato desde la jurisprudencia del TS”. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2009 (Estudio). Editorial Aranzadi S.A Pamplona 2010. pgs.2795-2804.

**LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luís Miguel.** “El contrato y el aprovechamiento urbanístico”. *Anuario de Derecho Civil.* julio-septiembre de 2007. vol. 60. núm. 3. pgs. 1079-1108.

**LÓPEZ FRIAS, Ana.** *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos.* J.M Bosch editor. 1997.

-“La cesión del solar al constructor”. <http://vlex.com/vid/284044>. pgs. 1-10 (consultado el 05-02-2013)

-“El contrato de cesión de solar por pisos en el tráfico jurídico”. <http://vlex.com/vid/284043>.(consultado el 30-10-2010).

-“La permuta de solar por pisos en el nuevo art. 13 del Reglamento Hipotecario”. *Libro Homenaje al Profesor BERNARDO MORENO QUESADA*. Vol. II. Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones. Año 2000. pgs. 957-964.

**LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco.** “Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que se construyan”. Seminario de Derecho Privado. *Anales Universidad de Murcia*.pgs. D70-D92.

[http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view\\_File/103711/98661](http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view_File/103711/98661) (consultado el 26-08- 2015).

**MARTÍN PÉREZ, Antonio.** “Art. 453CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.*” dirigido por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA. Tomo VI Editorial de Derecho Privado 1993. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo453-25-334> ID VLEX 253340. pgs. 1-23(consultado el 18-04-2014).

“Art. 456 CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigido por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA. Tomo VI. pgs. 1-3. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-456-253343>.

**MARTÍNEZ VALENCOSO, Luz M.** “Riesgo negocial v. Clausula rebus sic stantibus”. *Indret* 1/2011. Enero 2011. pgs 1-17.

**MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús; CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO,** Encarna. *Tratado de los Derechos de Garantía. Garantías procesales.* Hipoteca. Tomo I. Editorial Aranzadi S.A. 2008. 2ª Edición.

**MARRERO GONZÁLEZ, Guayasén.** “El renacimiento del contrato de permuta en el ámbito inmobiliario: Análisis doctrinal y jurisprudencial de la permuta de solar por pisos o locales a construir”. *Anales de la facultad de Derecho*. Universidad de La Laguna. núm. 25. mayo 2008. pgs. 217-244.

**MARSAL GUILLAMET, Joan.** “Comentario a la Sentencia de 13 de Octubre de 1995.Resolución de compraventa. Mejoras efectuadas en la cosa vendida antes de la resolución del contrato. Enriquecimiento Injusto. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 40. Enero-Marzo de 1996. pgs. 255-264

“Resolució de 1 de Desembre de 2010. (DOGC. núm. 5795 de 31.1.2011). Recurs a efectsdoctrinals. Dret de vol”.*Indret*2/2011.

-“Comentario a la Resolución de 22 de Abril de 2010 (DOGC núm. 5639, de 31 de Mayo de 2010). Contrato de cesión de derecho de subsuelo per plazas de parking a construir”.*Indret*. núm 3/2010. pgs. 12-18.

-“L’accessio: de la compilació al llibrecinque del codi civil de Catalunya”. *Revista Catalana de Dret Civil*. Societat Catalana d’estudis jurídics. Volumen 6. 2006. pgs 9-51.

**MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel.** “El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria”. *Anuario de Derecho Civil*. octubre-diciembre de 1989. pgs. 1169-1124.

**MATHEU DELGADO, José Arturo.** *Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial*. Colección Monografías de Derecho Civil. Editorial Dykinson. Año 2011.

“Delimitación del concepto de Derecho de vuelo y Subsuelo”. Derecho de vuelo y subsuelo (Enero 2011). Id. vLex: VLEX 328182875. <http://vlex.com/vid/328182875>.

(consultado el 25-05-2013).

**MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia.** *La Ley de Ordenación de la edificación. El régimen de responsabilidad legal.* Lex Nova. mayo 2007. 3ª edición.

**MENDEZ, Fernando P.** “Registradores de España” núm. 69. Julio-septiembre 2014. pgs 32-33.

**MERINO HERNÁNDEZ, José Luis.** *El contrato de permuta.* Editorial Tecnos. Madrid 1978.

**MEZQUITA DEL CACHO, José Luis.** “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana.” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* núm. 672, julio-agosto de 2002. Id.Vlex: VLEX 328511. <http://vlex.com./vid/vuelo-subsuelo-urbano-dinamica-catalana-328511>. pgs. 1/44. (consultado el 27-11-2013)

**MEZQUITA GARCÍA-GRANERO. Mª Dolores.** “El art. 1591 CC ante la ordenación de la edificación”. *Aranzadi Civil-Mercantil.* Vol. III. (Estudio). Editorial Aranzadi S.A Pamplona 1999. 2301-2322.

**MIQUEL GONZÁLEZ, José María.** “El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad”. *Revista de Derecho Patrimonial.* Editorial Aranzadi. Año 1998. pgs. 45-82.

**MONTÉS PENADES, Vicente Luis.** “Art. 1124 CC” en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigido por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA. Tomo XV. Volumen 1º. Editorial de Derecho Privado 1993. pgs. 1171-1253.

**MONTFORT FERRERO, Mª Jesús.** *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio.* Tirant Monografías. Valencia 2000.

**MONTSERRAT VALERO, Antonio.** “Saneamiento por gravámenes ocultos”. *Revista Aranzadi Doctrinal.* Núm. 4/2012 (Estudio). Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2012.

pgs. 131-150. BIB\2012\138. <http://www.westlaw.es.cisne.sim.ucm.es> (consultado el 24.09.2012).

**MORAL BARILARI, José Luis del.** “La falsa permuta de solar por obra futura”. *Revista La Notaría*. núm. 2/2013. pgs. 54-59

**MORENO QUESADA, Bernardo.** “De la rescisión de los contratos” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA. Tomo II. Editorial de Derecho Privado. 1993. pgs. 534 y ss.

**MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA.** *Los efectos de la declaración del concurso en los contratos bilaterales*. Tirant lo Blanch. Concursal. Valencia. 2010.

**MORGADO FREIGE, Pilar.** “El derecho de vuelo y subsuelo en la Propiedad Horizontal de Hecho”. [www.uma.es/derecho-de-la-edificación/info/33003/morgado-vuelo/](http://www.uma.es/derecho-de-la-edificación/info/33003/morgado-vuelo/) (consultado el 17-02-2012).

**MUÑIZ ESPADA, Esther.** *Revisión crítica de la figura de la novación*. Cuadernos de Derecho Registral. Fundación registral. 2011.

**MUÑIZ ESPADA, Esther; AVILÉS GARCIA, Javier; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo; COSTAS RODAL, Lucia; GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> del Carmen; MORALEJO IMBERNON, Nieves; RUBIO GARRIDO, Tomás.** *Contratos con finalidad traslativa de dominio. Epígrafe 12. Contrato de Permuta. Cesión de Solar por pisos y/o locales en el edificio a construir*. Tratado de contratos. vol. 2 año 2013. pgs 2005-2644.. <http://www.tirantoline.com>.(consultado el 06-05-2013).

**MUÑOZ DE DIOS, Gerardo.** *Aportación de solar y construcción en comunidad*. Ed. Espasa Universidad. Madrid. 1980

**MUÑOZ GARCÍA, Carmen.** “El contrato de obra inmobiliaria”. *Manual de Derecho de la construcción*. Coordinadora SUSANA SAN CRISTÓBAL REALES. Manuales

profesionales La Ley. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. 1ª edición. Año 2008. pgs. 209-234.

**NAVARRO VIÑUALES, José M<sup>a</sup>.** “El derecho de vuelo. El derecho de superficie.” *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo II. Volumen 2º. Consejo General del Notariado. Ed. Civitas S.L 2003.

**NAVARRO CASTRO, Miguel.** “Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 1994. Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción. Tradición instrumental de pisos por construir”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 1994. pgs. 1043-1105.

**O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier.** “De los Censos” en *Comentarios del Código Civil* dirigido por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA. Tomo II. 2ª edición. Madrid. 1993. VLEX-232472. pgs. 1-5 (consultado 08-10-2014).

-Las obligaciones unilaterales y recíprocas: examen del art. 1124 CC. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos)*. Vol. 1 Lección 2ª. pgs. 6/9 VLEX-215098. [h//vlex.com/vid/obligaciones-unilaterales-reciprocas-examen-215098](http://vlex.com/vid/obligaciones-unilaterales-reciprocas-examen-215098). (consultado el 22-05-2013)

**OROPEZA BARBOSA, Antonio.** “La seguridad jurídica en el campo del derecho privado”. *Revista jurídica de la Escuela Libre de Puebla*. Núm. 2. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). pgs. 62-80 (consultado el 28-08-2015).

**ORTÍ VALLEJO, Antonio.** “Los vicios en la compraventa y sus diferencias con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 1996. pgs 41-60.

**PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús.** *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Editorial Dykinson S.L 2005.

**PÉREZ PÉREZ, Emilio.** *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*. Ed. Bosch. 2008

**PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup> Carmen.** *Cesión de solar a cambio de obra futura.* Marcial Pons. 2002.

-“Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. num. 674. Noviembre-Diciembre 2002. pgs. 2079-2124

-“La transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro: el modelo francés y la ley catalana de cesión de solar a cambio de construcción futura” en *Bases para un Derecho Contractual Europeo*. Coordinado por ESPIU ESPIU, Santiago; VAQUER ALOY, Antoni. Año 2003. Epígrafe 32. TOL559.112 <http://www.tirantonline.com>(consultado el 12-03-2013). pgs. 487-502.

**PÉREZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> del Pilar.** “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo.” [http:// www.repositorio.uam.es](http://www.repositorio.uam.es) pgs. 201-248. (consultado el 02.10.2015).

**PÉREZ GURREA, Rosana.** “La permuta de solar por edificación futura en la contratación inmobiliaria”. Estudios jurisprudenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 737. Año 2013. pgs. 1947-1966.

**PONS GONZÁLEZ, Manuel; DEL ARCO TORRES, MIGUEZ ÁNGEL.** *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*. Editorial Comares. 4<sup>a</sup> edición. 1990.

**POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve.** *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*. Ed. Marcial Pons, año 2008.

**REPRESA POLO, Patricia.** “Efectos de la resolución por incumplimiento en la Ley catalana de cesión de solar por construcción futura”. *La Notaría*. 2003. vol. I. pgs. 207 y ss.

**RABASSA, Bruno.** “La rehabilitación, una oportunidad única.” *El economista* 18 de noviembre de 2014.

**RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe.** *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos.* Editorial Dykinson S.L. 2001.

**ROVIRA JAEN, Francisco Javier.** *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica).* Editorial Civitas. Madrid. 1996

**ROCA SAGARRA, Joan; MANENT BLASCO, Cristina.** “La permuta inmobiliaria”. *Boletín informativo Derecho y Sociedad.* enero-febrero 2005.pgs.2-3

**ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>.** *Derecho Hipotecario. Dinámica registral.* 8<sup>a</sup> edición. Editorial Bosch. Barcelona 1997.

**ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luís. BERNÀ I SIRGO, Joan.** *Derecho Hipotecario.* Tomo IX. Editorial Bosch. 9<sup>a</sup> edición.

**RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio.** “Algunos aspectos de la Lex comisorio” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* 1968. núm. 414. pgs. 49-108

**ROGEL VIDÉ, Carlos.** *La compraventa de cosa futura.* Bolonia .1976

**RUBIO MAESTRE, Tomás.** *El pacto comisorio.* Extracto de la tesis doctoral leída el 1-02-1961).<http://revistas.um.es/analesumderecho/article/viewFile/105131/100051>

**RUBIO TORRANO, Enrique.** “Licencia de primera ocupación y falta de entrega en la venta de inmuebles”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2014. Parte Tribuna. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2014. pgs. 19-21

**RUDA GONZÁLEZ, Albert.** *El contrato de cesión de suelo por obra.* Tirant lo Blanch. 2002.

*-El contrato de cesión por obra futura.* Tirant lo Blanch. 2002.  
<http://www.tirantoline.com> TOL636.499. TOL636.501 pgs. 1-61 (consultado el 12-02-2012).



-“Transmisión del dominio en la cesión de suelo por obra. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 26.2.2001”. *Libro Homenaje de la Universidad de San Marcos*. <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/14.RTF>. pgs. 1-21.

(consultado el 13-10-2011)

-“La resolució del contrate de cessió de sol per obra”. *La Notaria*. Núm. 9-10/2001, septiembre 2001. pgs 151-162.

-“Contrato de cesión de suelo por obra. Incumplimiento voluntario. Retraso y cumplimiento defectuoso. Efectos de la satisfacción extrajudicial sobre el proceso en curso. Alteración de la causa de pedir. Fundamento y procedencia de la indemnización de daños causados por el incumplimiento. Lucro cesante. Fijación del quantum indemnizatorio. Seguro de caución”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 61. 2003. pgs. 331-352

-“La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura”. *Working Paper de Dret Català* núm.: 9. Barcelona 2004. *Indret* 1/2004. pgs 1-19. (consultado 03-08-2011).

**RUIZ RICO, José Antonio.** “Transmisión actual del cedente, de pisos o locales en el edificio a construir, en la permuta de solar por pisos (en relación con el art. 13 del Reglamento Hipotecario). *Revista Lunes Cuatro Treinta*. núm. 265. 1ª quincena. octubre 1999. pgs. 15-19. Decanato Registradores de Valencia.

**SABATER BAYLE, Elsa.** “Posposición de la condición resolutoria a futura hipoteca en un contrato de permuta de solares por finca futura. Sentencia de 30 de mayo de 2012”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 91. enero-abril de 2013. pgs 287-302

**SALVADOR CODERCH, Pablo.** “Alteración de las circunstancias en el art. 1123 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y

Contratos”. Estudio Doctrinal. *Boletín del Ministerio de Justicia*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia. núm. 2130. abril 2011. pgs. 1-49.

**SÁNCHEZ GIMENO, Sergio.** *El contrato de obra inmobiliaria en el concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch. Concursal. 2010.

**SEOANE SPIELGELBERG, José Luis.** “Contrato atípico de aportación de solar por edificación futura”. *Aranzadi Civil-Mercantil* Núm. 13/2006 (Estudio) pgs. 2203-2258. Aranzadi S.A. Pamplona 2006.BIB 2006/1248.

**SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> Eugenia.** *Cambio de Solar por Edificación Futura*. Aranzadi. Thomson Reuters. 2010. 4<sup>a</sup> Edición.

**SERRANO GÓMEZ, Eduardo.** *El contrato de cambio de solar por edificación futura. (Doctrina, jurisprudencia y legislación*. Edisofer. 2004.

**SILLERO CROVETTO, Blanca; GARCÍA AGUACIL, M<sup>a</sup> José.** “El contrato de cesión de solar a cambio de obra a construir y el principio iura novit curia”. *Estudios en Homenaje a la profesora TERESA PUENTE*. Ed. Universidad de Valencia. 1996. pgs. 343-367.

**SOTO BISQUERT. Antonio.** “El derecho de vuelo” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 48. julio-Agosto1971. pgs. 923-958.

**STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel.** “Acerca de la causa impulsiva en la formación y cumplimiento de los contratos” *Diario La Ley*. 1986. Tomo 1. Editorial la Ley.pgs. 702 y ss. mhtml:file:///F:/articulo profesor storch.mht (consultado 05-05-2015).

**TARRAGONA COROMINA, Miquel.** “La cessió de solar per obra futura”. *La Notaria*. núm. 9-10/2001, septiembre 2001. pgs. 129-140.

**TORMO SANTONJA, Mercedes.** “Comentario a la RDGEJ de Cataluña de 20 de febrero de 2008”. *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*. núm. 135 marzo-abril de 2008. Colegio de Registradores de Cataluña.

**VALLE MUÑOZ, José Luis.** “Cesión de solar por obra futura en Cataluña: posibilidad de dar carácter real a la contraprestación, lo cual debe reflejarse en el acta de inscripción”. Seminarios de Cataluña. *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*. núm. 122. enero-febrero de 2006. pgs. 16-17. Colegio de Registradores de Cataluña.

-Especialidades del Anteproyecto de Ley en cuanto a la compraventa de inmuebles.

Ponencia a les XVIIIenes Jornades de Dret Català a Tossa.

<http://civil.udg.edu/tossa/2014/textos/pon/2/VALLEpdf>. pg. 1-20(consultado el 28.

05.2015).

-“Cesión de solar a cambio de obra futura”. *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*. núm. 177. Año 2015. pgs. 156-161.

**VAQUER ALOY, Antoni; MIQUEL SALA, Rosa; COSIALLS UBACH, Andrés Miguel.** “La construcció extralimitada en el llibre cinquè del Code Civil de Catalunya: Algunes notes crítiques”.

*Revista Catalana de Dret Privat*. Sociedad Catalana d’estudis jurídics. vol 7. 2007. pgs. 127-146.

**VARIOS AUTORES.** *Aspectos civiles del derecho concursal*. XIV Jornadas de la Asociación de profesores de Dcho. Civil. Edit.um (Ediciones de la Universidad de Murcia) .2009. 1ª edición.

**VAZQUEZ BARROS, Sergio.** *La tercería de dominio y de mejor derecho. La traba de bienes*. Editorial Tirant lo Blanch. Año 2011.

**VERDUGO BRAVO, Ismael Eduardo.** “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos”. *Ars Boni et Aequi*. núm. 4. Año 2008. Editorial Universidad Bernardo O’ Higgins. Chile. pgs. 101-110

**VIVAS TESÓN, Inmaculada.** “La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación.” *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 2/2010 parte Estudio. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2010 BIB 2010\554. pgs. 133-154. (consultado el 15 -05-2014)

**ZURITA MARTÍN, Isabel.** “El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia reciente del T.S.” *Revista de Derecho Patrimonial*. núm. 6. 2001. Editorial Aranzadi.

-“Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección.” *Libro Homenaje al Profesor BERNARDO MORENO QUESADA*. Volumen III. Ed. Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones. Universidad de Granada. Universidad de Jaén. Año 2000. pgs. 1887-1907.

-“El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa” (A propósito de la STS de 24 de febrero de 2000, que anula el art. 16.2 c) del Reglamento Hipotecario.” *Libro Homenaje al Profesor CELESTINO CANO TELLO*. Valencia. Universitat de Valencia. Departament de Dret Civil. Editorial Tirant lo Blanch. 2002. pgs. 453-480.

-“El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia reciente del TS”. *Revista de Derecho Patrimonial*. Núm. 6, Editorial Aranzadi. 2001. pgs. 463-482